

بسم الله وبعد: تم الرفع بحمد الله من طرف بن عيسى ق متخرج من جامعة المدية سنة 2007

للتواصل وطلب المذكرات :

بريدي الإلكتروني: benaissa.inf@gmail.com

MSN : benaissa.inf@hotmail.com

Skype :benaissa20082

هاتف : 0771087969

دعوة صالحة بظهر الغيب....

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الإخوة منتوري قسنطينة

كلية الحقوق والعلوم الإنسانية

قسم القانون الخاص

فرع: عقاري

كسب الملكية العقارية عن طريق الشفعة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

تخصص عقاري

إعداد الطالبة: سناء بن شرطيوة

تحت إشراف الأستاذ الدكتور: محمد الأخضر مالكي

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د.عبد الحفيظ طاشور	أستاذ التعليم العالي	رئيسا	جامعة منتوري
أ.د.محمد الأخضر مالكي	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا	جامعة منتوري
د.كمال لدرع	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا	جامعة الأمير عبد القادر



السنة الجامعية: 2008-2009م.

اللهم ربنا لك الحمد ملء السنوات وملء الأرض وملء ما شئت من شيء بعد.
والصلاة والسلام على من أرسلته رحمة للعالمين وحجة على الناس أجمعين وبعثته ليتمم مكارم الأخلاق ويختم رسالات النبيين، ونزلت عليه الكتاب تبيانا لكل شيء، وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

شكر وتقدير

نحمد الله ونشكره عز وجل على فضله ونعمته علينا.

نشيد بعد ذلك بفضل أناس جعلهم الله في طريق قدرنا وهؤلاء هم الذين يتركون بصماهم في حياتنا، ووحدهم من يرسمون لنا طريق الوصول.

الأستاذ الدكتور محمد الأخضر مالكي، مثلي وقدوتي .

الأستاذ بشير كردوسي.

أعضاء لجنة المناقشة.

الأستاذ الدكتور عبد الحفيظ طاشور.

الأستاذ كمال لدرع.

إلى كل من ساعدني وأمدني بالمراجع، أو أرشدني بالآراء والتوجيهات.

إلى أولئك وهؤلاء أتوجه بجزيل شكري وخالص تقدير.

الإهداء

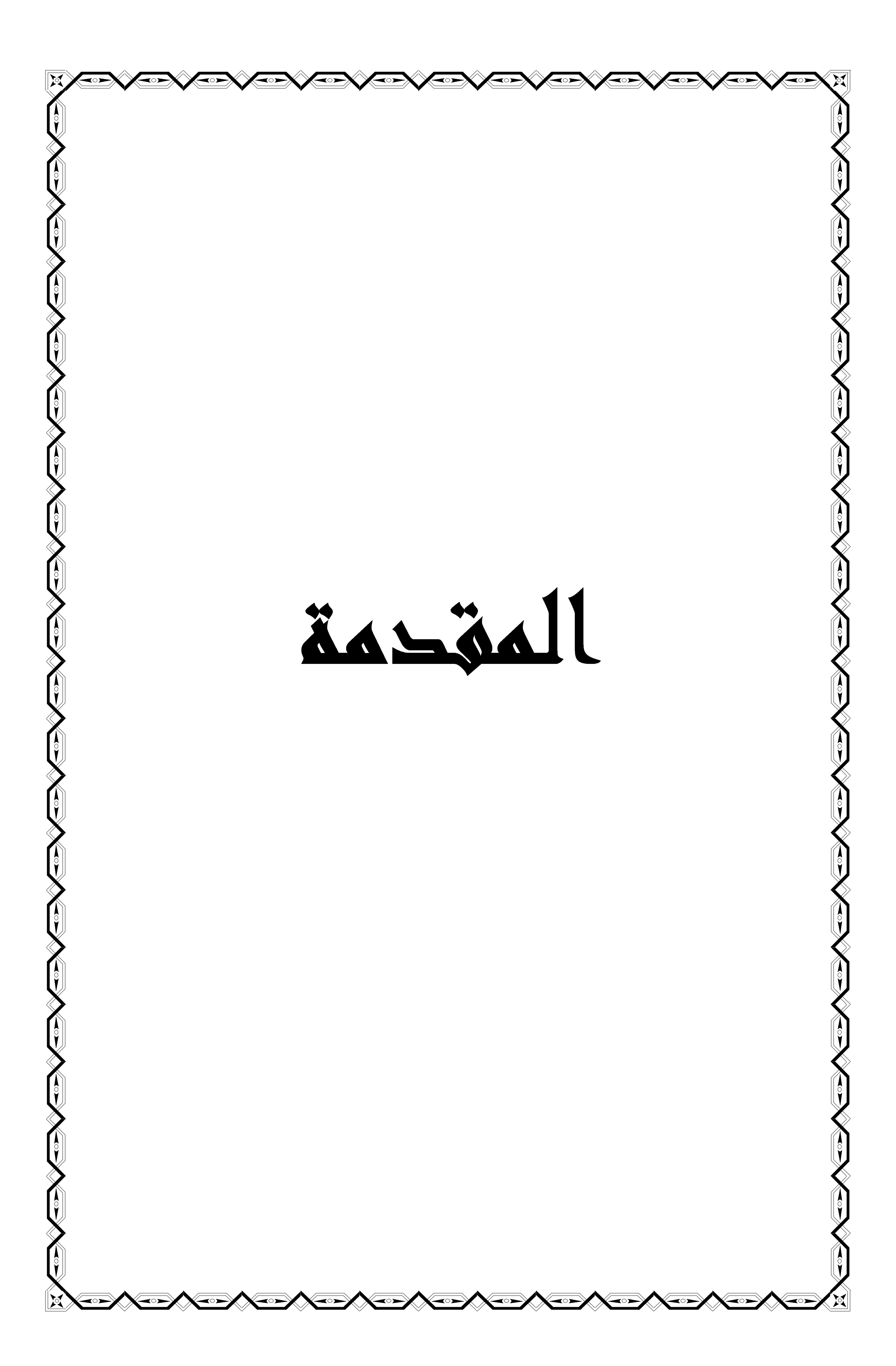
إلى رمز العطاء والطيبة والحنان .... والدي الكريمين.

إلى اخوتي: سامي، محمد الصالح، عبد الرحمن، وأختي سميحة.

إلى الأخ نور الدين.

إلى زملائي وزميلاتي.

أهدي هذه البذرة الطيبة



المقدمة

يعد العقار قطاعا استراتيجيا هاما كثيرا ما يرتبط بالجانب الاجتماعي والاقتصادي والسياسي ونظرا لأهمية التعامل فيه فقد نظمه المشرع بكل عناية هذا من جهة، وكون النظام العقاري مرتبط بالنظام السياسي من جهة ثانية، فعلاقة السياسة بحق الملكية تعد علاقة تبعية، وإذا قلنا حق الملكية نقول خاصة الملكية العقارية، وهو نتساءل ما إذا كان التعامل في العقار حسب الوضعية العقارية إطار منظم، والتالي نختار سياسة الضريبية والخزينة العامة، أو هو فوضى فتكون سياسة تطهير العقار.

والملكية سلطة مباشرة لشخص ما على شيء معين –حق عيني– تخوله سلطة الاستئثار باستعماله واستغلاله والتصرف فيه بشتى أنواع التصرف بصفة دائمة، وهي كغيرها من الحقوق العينية الأصلية الأخرى تكسب بأسباب مختلفة، فقد تكسب عن طريق استيلاء إنسان ما على مال لا يملكه أحد وقد تكسب انتقالا من مالك لآخر، إما سبب الوفاة كالميراث والوصية، أو بين الأحياء بالتراضي مثل العقد، أو جبرا على إرادة المالك الأول مثل: الشفعة موضوع بحثنا هذا باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية العقارية، تتميز عن غيرها من الأسباب الأخرى التي حددتها القوانين الوضعية.

وعلى الرغم من أن الشفعة حق تملك جبري بحكم القانون لما فيها من انتزاع ملك الغير عن غير رضاه إلا أنها شرعت لدفع ضرر الشركة أو الجوار، فالشريك قد يتضرر من دخول أجنبي أو غريب عن الشركاء، إذا باعه أحد الشركاء حصته في العقار الشائع والجار قد يتضرر من جوار غريب يشتري العقار المجاور، فالضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة هو الضرر اللاحق بالقسمة.

هذا ما أقرته الشريعة الإسلامية حيث يعتبر حق الشفعة من الحقوق الشرعية التي كفلها الإسلام للشريك إذا باع شريكه نصيبه لشخص أجنبي، وهي تبين مدى حرص الإسلام على بقاء العلاقات المالية بين الشركاء بعيدة عن الخلافات والمنازعات التي تؤدي إلى الإضرار بهم.

وقد بين الرسول –صلى الله عليه وسلم– هذا الحق أروع بيان وطبقه في حياته لقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة في كل ما يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق

فلا شفعة»، وكذا خلفاءه من بعده، ثم توالى العلماء يبينون أحكام هذا الحق وقواعده في كتبهم الفقهية وشروح الأحاديث النبوية.

لذا تعد الشريعة الإسلامية المصدر المادي أو الموضوعي للقواعد القانونية الخاصة بالشفعة، واستمد منها المشرع أحكامها ونظمها بموجب المواد من 794 إلى 807 من الأم ر رقم 78/75 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني، هذا فضلا على وجوب الرجوع إليها عند تخلف النص باعتبارها المصدر التشريعي الثاني طبقا للمادة الأولى من القانون المدني.

زيادة على ذلك فقد أقر المشرع الشفعة لما لها من فوائد اقتصادية في حالة جمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع أو إنهاء الشيوع إذا باع الشريك المشتاع حصته الشائعة لأجنبي، إلى جانب الدور الذي تلعبه في عملية إعادة الهيكلة العقارية كوسيلة تدخل في يد السلطات العامة للحصول على الأراضي ومقاومة المضاربة عليها. وهي تمكنها من السيطرة على هذه الأخيرة بدافع إخضاع الحركة العقارية إلى رقابة أكثر دقة.

وتتجلى أهمية دراستنا لموضوع الشفعة في طابعها الاستثنائي كون أن الغالب في العلاقات القانونية أنها ذات طابع ثنائي بمعنى أن الالتزامات فيها تعتمد على إرادتين مختلفتين، إلا أنّ الشفيع يعتمد على إرادته المنفردة وحدها في الأخذ بالشفعة، وهذا التصرف من جملة المجالات التي تحدث فيها الإرادة المنفردة آثارا قانونية مختلفة.

دراسة اعتمدتها لحل الغموض الذي يكتنف الشفعة من حيث تكامل عناصرها، وتوافر المراكز القانونية لها، وكذا المراحل الواجب اتباعها كون أن كل إجراء له أهمية يرتب آثارا قانونية خطيرة قد تحرم صاحبه الوصول إلى هذا الحق بسبب البطلان الذي يتعرض إليه إن لم يحترم الإجراءات، أو أخطأ فيها، أو لم يراعى آجالها.

وعلى الرغم من أهمية الموضوع إلا أن البحوث والدراسات الأكاديمية التي

تناولته جد قليلة، حيث وجدت حسب اطلاعي مرجعين متخصصين يتمثلان في: LE régime juridique de la chefaa en droit algérien الأستاذة يونسي (نادية) تناولت فيه تقييم نظام الشفعة في الجزائر إبانة الاحتلال الفرنسي وبعد صدور القانون المدني.

وقد أجرى الأستاذ لطوف (عبد الوهاب) دراسة بعنوان "الشفعة في القانون المدني الجزائري" درس فيها الموضوع من الجانب النظري على سبيل المقارنة بين الفقه والقانون.

وجاءت دراستي لهذا الموضوع زيادة على ما تقدم لإعطاء بعد جديد لهذا الحق وهو البعد الاقتصادي لما لحق الشفعة من إمكانية التدخل في تنظيم السوق العقارية، إضافة إلى صعوبة تصنييف نظام الشفعة وفق التقسيم الكلاسيكي المزدوج للنظام القانوني بين ما هو خاص أو عام.

ورغم تشعب الموضوع إلا أننا حاولنا الإلمام بكل المشاكل المرتبطة به، حيث لا بد لنا ونحن بصدد الكتابة عنه التعرض بالذكر لما كان عليه التعامل بها في الشريعة الإسلامية والنصوص التشريعية الخاصة بها على ضوء قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة.

والشفعة كما جاء بها القانون المدني والقوانين الخاصة تشير الكثير من الإشكاليات وتطرح العديد من التساؤلات لا سيما منها:

إذا وجد المشتري نفسه مجبرا على التخلي عن العقار والبائع طرف في العقد مع شخص غير الذي تعاقد معه، والشفيع طرف في عقد لم يناقش شروطه ولم يشترك في انعقاده، إذن فهي قيد خطير على حرية التعاقد أحد أهم آثار مبدأ سلطان الإرادة، فما محل العقد الناشئ بين الشفيع والبائع بعد ثبوت الحق في الشفعة من المبدأ المكرس في التشريع "العقد شريعة المتعاقدين"؟ إشكالية كل جزء فيها يطرح تساؤلا جديدا:

-ما مدى حجية العقد الناشئ بالتراضي والثابت في حق الشفيع بالنسبة للعلاقة

القائمة بين البائع والمشتري؟ وما مصير الحكم الصادر بثبوت الشفعة كسند ملكية للشفيع؟

ويندرج موضوع الشفعة ضمن البحوث العلمية القائمة على الوصف والتحليل لذا انتهجت في دراستي المنهج التاريخي كون أن للشفعة اعتبارات تاريخية كجزء من التقاليد القانونية، والمنهج التحليلي لاستنتاج الأحكام التي جاء بها المشرع في هذا المجال إضافة لما وصل إليه الاجتهاد القضائي في بلادنا، وكذلك الرجوع إلى الشريعة الإسلامية فيما ليس فيه نص أو ما يشوبه نقص في القانون المدني محاولة لاستكمال ذلك.

وقد جاء تفصيل هذا البحث مرتبا حسب مسائل الشفعة وموضوعاتها الواردة في الفقه والقانون ضمن فصلين اثنين، نبين في الأول منهما تطور الشفعة وشروط الأخذ بها، ونخصص الثاني لإجراءات الشفعة وأثارها بين الثبوت والسقوط.

ضمن الفصل الأول مبحثين، جاء في المبحث الأول تعريف ماهية الشفعة وتطورها عبر العصور، والثاني عالج شفعة الشخص الطبيعي وشفعة الشخص الاعتباري.

أما الفصل الثاني اشتمل على مبحثين، الأول منهما ناقشنا من خلاله الإجراءات المتبعة للأخذ بالشفعة، والثاني تضمن العلاقات الناشئة بين البائع، الشفيع، المشتري والغير في حالة ثبوت الشفعة، وأخير الحالات التي لا يمارس فيها حق الشفعة (مسقطاتها).

وختمت بحثي بخاتمة تضمن جملة من النتائج والاقتراحات.



الفصل الأول:

تطور الشفعة وشروط الأخذ بها

تعد الشفعة مصدرا مهما من مصادر الملكية وسببا من أسباب كسبها بضم العقار المبيع إلى ملك الشفيع إذا توافرت شروط الأخذ بها، فهي صورة من صور تملك مال الغير بغير رضاه، الأمر الذي جعلها تثير كثيرا من الإشكاليات، والتساؤلات سواء من حيث عناصرها ومركزها القانوني، أو من حيث طبيعتها القانونية، فذهب البعض إلى اعتبارها حقا عينيا مصدره الحق العيني لملكية العقار المشفوع فيه، وذهب البعض الآخر إلى اعتبارها حقا شخصيا لصيقا بشخص الشفيع بناء على اعتبارات شخصية، ولكل رأي تبريراته وأسانيده.

وقد ظهر نظام الشفعة منذ العصور القديمة، ولكنه لم يكن مستقرا إلا أن تم تنظيمه في الشريعة الإسلامية التي يعود إليها الفضل في ضبط أحكامه، وقد تم تقنينه في العصر الحديث.

ويقتضي معالجة هذا الفصل في مبحثين: نعرض في الأول منهما إلى مفهوم الشفعة وتطورها التاريخي، ونبين في الثاني كيفية الأخذ بها بالنسبة للشخص الطبعي والشخص الاعتباري.

المبحث الأول: الشفعة وتطورها

عرف نظام الشفعة في الجاهلية، كانت إجابته من باب المعروف، واستقر بظهور الإسلام فجعله شريعة ملزمة مبنية على فكرة دفع الضرر عن الشفيع.

أقرت الشريعة الإسلامية الشفعة للشريك والجار إذا بيع عقار وقام سبب قانوني يجعل بموجبه لشخص آخر متصل حقه بالعقار أولوية على المشتري، فيكون لمن تحقق له هذا السبب استبعاد المشتري وأخذ العقار بالشفعة.

ولما أخذ القانون المدني بهذا النظام، وضع له حدودا تقيد استعماله وانتشاره وتضيق من الأخذ به، لاعتباره قيد يرد على حرية التعاقد، ويمس بحق التصرف، وحقوق المشترين، وحق الملكية على السواء.

وعلى ذلك فإننا نتعرض لبيان مفهوم الشفعة بوجه عام كمطلب أول، ثم تطورها عبر العصور في مطلب ثان.

المطلب الأول: الشفعة بوجه عام

نتناول في هذا المطلب تعريف الشفعة لغة واصطلاحا وفي القانون الوضعي، ثم طبيعتها القانونية، وأخيرا خصائصها المميزة، وذلك في ثلاثة فروع تباعا.

الفرع الأول: تعريف الشفعة:

أولا: مدلولها اللغوي:

الشُفعة بضم الشين وسكون الفاء، لفظ مأخوذ من الشفع وهو الضم خلاف الوتر كما يقول ابن منظور: «الشفع خلاف الوتر، وهو الزوج، نقول كان وترا فشفعته شفعا، وشفع الوتر من العدد شفعا صيره زوجا، وسئل أبو العباس عن اشتقاق الشفعة في اللغة، فقال الشفعة الزيادة وهو أن يشفعك فيما نطلب حتى تضمه إلى ما عندك فتزيده وتشفعه بها»[1].

---

[1]-ابن المنظور، لسان العرب، ج4، طبعة الجديدة، دار المعارف، ص2289-2290.

وورد في القرآن الكريم قوله تعالى: [مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا] (1).

بمعنى من يزد عمله، فيضم عملا إلى عمل(2).

ويتبين من هذه التعاريف أن الجامع لمعاني الشفعة في اللغة هو معنى –الضم– لأن الشفيع يضم العقار المبيع إلى ملكه ومعنى –زاد– لأنه يزيد ملكه بسبب الشفعة.

ثانيا: مدلولها الاصطلاحي

وندرس هذا المدلول من ناحية الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

1–في الفقه الإسلامي:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الشفعة لاختلاف مذاهبهم في تحديد الأحكام المتعلقة بها، ونورد أهم التعاريف على النحو الآتي:

عرفها بعض فقهاء الحنفية بأنها: «تمليك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات»(3).

أما المالكية فقد عرفها بعضهم أنها «استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته»(4).

وجاء عند الشافعية «الشفعة حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض بما ملك به لدفع الضرر»(5).

أما الحنابلة فقد عرفوا الشفعة بأنها «استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة

---

(1)–سورة النساء، الآية: 85.

(2)–عبد الله شحاتة، تفسير القرآن الكريم، مج3، القاهرة، دار غريب، ص886–887.

(3)–ابن همام الحنفي، فتوح القدير، ج9، بيروت، لبنان، دار الفكر، ص420.

(4)–الدردير، حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير، ط1، ج3، بيروت، لبنان، دار الكتاب العلمية، سنة1996، ص473.

(5)–شمس الدين بن شهاب الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المناهج، الطبعة الأخيرة ج5، بيروت، لبنان، دار الفقي، ص194.

عنه من يد من انتقلت إليه»[1].

وبتمعننا لنماذج هذه التعاريف نجد ألفاظ الشفعة تتراوح بين:

تملك العقار أو تملك البقعة وحق تملك العقار واستحقاق الشريك أخذ مبيع شريكه أو استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه، إلا أنها تنصب في مفهوم واحد كونها حق تملك الشفيع للعقار جبرا.

2-في القانون الوضعي:

اختلف القانون المدني الجزائري عن بعض القوانين العربية في تعريف الشفعة، نورد بعضها على سبيل المقارنة.

-**الشفعة في القانون المدني الجزائري**: نصت المادة 794 منه على أن:

«الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار، ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية»[2].

-**الشفعة في القانون المدني الأردني**: نصت المادة 1150 منه على ما يلي:

«الشفعة هي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات»[3].

-**الشفعة في القانون المدني الكويتي**: نصت المادة 891 منه على أن:

«الشفعة هي الحلول محل المشتري عند بيع العقار أو المنقول في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية»

-**الشفعة في القانون المدني اليمني**: نصت المادة 1262 منه على أن:

«الشفعة حق تملك عقار ولو جبرا ملكت لآخر بعقد صحيح يعوض مال معلوم

---

[1]-بن قدامى المقدسي، المغنى على الشرح الكبير، طبعة جديدة، ج5، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، ص459.

[2]-نص المادة 794 من القانون المدني الجزائري، مطابق لنص المادة 935 من القانون المدني المصري.

[3]-علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، عمان، دار الثقافة، 2008، ص138.

على أية صفة كانت مثلية أو قيمة منقولة بما قام عليها من العوض والمؤن.

يتضح من النصوص السابقة أن الشفعة سبب لكسب ملكية العقار والمنقول في القانون المدني الكويتي واليمني، على خلاف القانون المدني الجزائري والأردني الذين يجعلان الشفعة سببا لكسب ملكية العقار دون المنقول، وأنها تعاريف تتفق مع ما ورد في الشريعة الإسلامية من تعريف الشفعة، كونها حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه، ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن.

وعلى العموم لم يكن هناك اختلاف كبير في المعنى الجوهري بين كل التعاريف الفقهية والقانونية التي وقفنا عليها إلا من باب الخلاف اللفظي، وقد يكون خلافا مبنيا على رأي المذهب الخاص به، دون غيره من المذاهب.

ثالثا: دليل مشروعيتها:

الشفعة عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية مباحة لأنها ثابتة بالسنة والإجماع باعتبارهما مصدرين من مصادرها، ونبين ذلك فيما يلي:

1-في السنة النبوية: ثبت في مشروعية الشفعة أحاديث كثيرة منها:

-عن جابر بن عبد الله- رضي الله عنهما- قال: إنما جعل النبي صلى الله ρ «الشفعة في كل ما يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[1].

-وعن سعد بن المسيب وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف: أن الرسول عليه الصلاة والسلام «قضى بالشفعة فيما لا يقسم بين الشركاء، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه»[2].

-وفي رواية مسلم عن جابر -رضي الله عنه-: «قضي الرسول عليه الصلاة والسلام بالشفعة في شرك لم يقسم ربعة أو حائط [*] لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن

---

[1]-صحيح البخاري، الج الثالث، القاهرة، دار الآفاق العربية، 2004، ص1548.

[2]-الموطأ للإمام مالك، الطبعة العاشرة، بيروت، دار النفائس، 1987، ص503.

[*] -الربعة: هي الدار، والحائط: البستان.

شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باع ولم يستأذن فهو أحق به»[1].

2-في الإجماع:

قال الإمام إبراهيم بن المنذر: «أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار حائط، ومعنى ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد بيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه لتخليصه من الضرر بما تقتضيه حسن العشرة، وإن لم يفعل وباعه إلى أجنبي سلط الشرع للشريك على صرف ذلك إلى نفسه.

وذكر ابن قدامى أنه خالف في مشروعية الشفعة الأصم حيث قال: «ولا نعلم أن أحدا خالف هذا إلا الأصم» فإنه قال:«لا تثبت الشفعة، لأن في ذلك إضرارا بأرباب الأملاك، فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء فيتضرر المالك، ثم رد عليه أنه مخالف الآثار والإجماع المنعقد قبله «والجواب على دليله من وجهتين:

-إنا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء.

-إنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة»[2].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشفعة:

اتفقت القوانين العربية على اعتبار الشفعة سببا لكسب ملكية العقار، وهو سبب مستقل كغيره من الأسباب الأخرى التي حددتها القوانين.

ورغم اتفاق الفقه والقانون حول ذلك إلا أنه قام جدل مشهور في تكييف حق الشفعة هل هو حق عيني أم حق شخصي، أم أنها مجرد رخصة، أو سبب من أسباب كسب الملكية؟

والباعث في هذا الجدل هو البحث في بعض الآثار الخاصة بالشفعة، كتحديد

---

[1]-صحيح مسلم بشرح النووي، ج3، مصر، مؤسسة قرطبة، ص1229.

[2]-بن قدامى المقدسي، المرجع السابق، ص178.

المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة والتي نتوقف في نظرهم على تحديد طبيعتها.

فذهب البعض إلى أنها حق عيني، مصدره الحق العيني لملكية العقار المشفوع به، وأن الشفيع باعتباره صاحب هذا الحق فله أن يتتبعه في يد أي شخص انتقلت إليه ملكية العقار.

وذهب البعض الآخر إلى اعتبارها حق شخصي يرتبط -لصيق- بالشفيع بحيث لا يمكن استعماله لمصلحة شخص آخر ، أو النزول عنه الغير، فإذا توفي هذا الشخص لا ينتقل حق الشفعة إلى ورثته، كما لا تجوز حوالته، ولا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوا هذا الحق باسمه وذهب البعض الثالث إلى أنها حق مختلط، يستمد صفته العينية من وروده على عقار، ويستمد صفته الشخصية من كونه يتقرر لاعتبارات شخصية خاصة بالشفيع.

فرغم الاختلاف حول كلمة حق، فالراجح في فقه القانون وفي الفقه الإسلامي، أن الشفعة هي سبب في حق التملك وليست هي حقا بذاتها، حيث يقول في ذلك الأستاذ السنهوري: «الشفعة باعتبارها سبب لكسب الحقوق العينية هي واقعة مركبة تقوم على الجمع بين جوهر الوقائع القانونية وجوهر التصرف القانوني، بحيث لا يترتب الأثر القانوني عنها إلا بوجود واقعة أو عمل مادي معين واتجاه الإرادة إلى توليد هذا الأثر، فاقتران العين المشفوعة هي الواقعة المادية، وإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة هو العمل القانوني»[1].

إذن فهي واقعة مركبة من واقعة الاشتراك في العقار المبيع وواقعة بيع هذا العقار، والأخذ بالشفعة من طرف الشفيع بإرادته المنفردة وبتصرفه القانوني الأحادي.

وعندما تجتمع هذه الوقائع المادية والتصرف الأحادي للشفيع تكون قد اكتملت

---

[1]-لطوف عبد الوهاب، لشفعة في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، ابن عكنون، 1983، ص38 ما بعدها

-عبد الرزاق السنموي، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، ج9، ط3، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص447 وما بعدها.

عناصر الشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية، فيملك الشفيع جزء العقار المبيع أو الحق العيني المبيع، وتتحول رخصة الشفيع في أن يتملك إلى حق الملكية وذلك عن طريق حلوله محل المشتري.

وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري في نص المادة 794 من القانون المدني بقوله «الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار...».

وما تجدر الإشارة إليه أن فقهاء الشريعة اعتبر أ ن الشفعة هي حق تملك جبري يثبت الشفيع، فيما ذهب القانون المدني إلى اعتبار الشفعة رخصة تجيز للشفيع الحلول محل المشتري، لذا فالاختلاف واضح في تكييف الشفعة بين الشريعة والقانون المدني. وربما لا نحتاج كثيرا إلى الناحية العملية إلى الخوض فيما إذا كانت الشفعة حق أو رخصة أو غير ذلك، وإنما يكفي أخذها بالمفهوم العام أنها سبب من أسباب كسب الملكية، وذلك كاف في تحقيق الغرض منه.

الفرع الثالث: خصائص الشفعة:

الشفعة رخصة تهيئ مركزا قانونيا للشفيع، حيث يأخذ العقار المبيع جبرا عن المشتري كما يشترط لجواز الشفعة أن يطلبها الشفيع في المبيع كله منعا لتجزئة الصفقة على المشتري وجملة من الخصائص الأخرى يتم التعرض إليها فيما يلي:

أولا: الشفعة لا ترد إلا على العقارات:

يتضح هذا من تعريف الشفعة الوارد في القانون المدني، والعقار وفقا لنص المادة 683 من القانون المدني هو «كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول.

غير أن المنقول يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص»، والعقار بالتخصيص يعد منقولا رصد لخدمة العقار أو استغلاله فيأخذ حكم العقار فإذا بيعت تبعا للعقار الذي رصدت لخدمته واستغلاله فتثبت فيها الشفعة تبعا للعقار، وعلى ذلك إذا بيعت مزرعة بما فيها من مواشي وآلات

ري ونحوها، ثبت الشفعة في الأرض وما عليها من هذه الأشياء وبالتالي لا شفعة فيها إذا بيعت مستقلة لأنها تعد منقولة عندئذ.

وعلى ذلك لا ترد الشفعة في بيع حصة شائعة في السفينة، لأن السفينة منقول، كما لا ترد الشفعة في المنقول بحسب المال كبيع بناء للهدم أو غراس للقلع، بعكس المالكية الذين أجازوا الشفعة في البناء والشجر إذا بيع أحدهما مستقلا عن الأرض[1].

ورغم أن القانون لم يثبت الشفعة في المنقول، إلا أنه أثبت الحق في الاسترداد والذي يترتب في المنقول الشائع، فإذا باع أحد الشركاء مجموع من المال أو في منقول معين بالذات وأن يرد هذا البيع على حصة شائعة وأن يصدر البيع إلى أجنبي، وقد عمم المشرع الجزائري حق الاسترداد على المنقول والعقار الشائع قبل القسمة، وذلك بموجب أحكام المادة 721 من القانون المدني بقوله «للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة...» [2].

والملاحظ أن حق الاسترداد يؤدي في حالة بيع المنقول أو العقار الشائع الوظيفة ذاتها التي تؤديها الشفعة في حالة بيع العقار الشائع [3]. وهذا النص مطابق لنص 833 من القانون المدني المصري، إلا أن المشرع الجزائري أضاف في نص المادة 721 أعلاه كلمة عقار إلى جانب المنقول، الأمر الذي أدى ببعض الشراح إلى القول بثبوت الشفعة في المنقول والعقار في القانون الجزائري.

ولعل السبب في ذلك هو أن هناك جانب من الفقه يرى أنه من الضروري أن تطبق أحكام الشفعة في حالة بيع حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال، وينتج عن هذا السير نحو نظام موحد لكسب الملكية يتحدد بالشفعة بغض النظر عن طبيعة الحق المالي سواء أكان عقارا أو منقولا.

---

[1]-الناجي المنتقى شرح الموطأ الإمام مالك، ج6، دم، 1983، ص201-207.

[2]-أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، الجزائر، دار هومة، 2006، ص174.

[3]-عبد المنعم البدراوي، حق الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1973، ص342.

ثانيا: عدم تجزئة الشفعة:

قاعدة عدم تجزئة الشفعة تعني أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ببعض المبيع في صفقة واحدة دون البعض الآخر، وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري، فيضار بذلك، وتفريق الصفقة على المشتري لا يصح بغير رضاه في غياب سبب شرعي يسقط ذلك الحق[1]. ورغم عدم وجود نص تشريعي خاص بهذه القاعدة إلا أنها قاعدة ملزمة في القانون على ما توجبه المبادئ العامة من احترام للحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد.

فإذا بيع عقار لا تتوفر فيه شروط الشفعة، وتتوفر هذه الأخيرة في عقار آخر بيع معه صفقة واحدة، فهل يمكن أن يمتد الحق في طلب الشفعة إلى العقارات التي لا تتوفر فيها شروط الشفعة، والتي بيعت مع عقارات توافرت فيها الشروط الصفقة واحدة؟
والإجابة يجب التميز بين ما إذا كان هناك بيع واحد أو بيوع متعددة، كلها نتائج لقاعدة أو خاصية عدم تجزئة الشفعة نتعرض بالشرح لها فيما يلي:

1-**إذا ورد البيع على عقار واحد لمشتر** واحد: فالشفعة يجب أن تطلب في العقار المبيع كله، حتى وإن تعدد الشفعاء، وكانت قاعدة التراحم تقضي بأن يقتسم المبيع بينهم كل بحسب نصيبه، فإن كل منهم يجب أن بطلب الشفعة في العقار المبيع بأكمله[2].

2-**إذا ورد البيع على عدة عقارات لمشتر واحد** : إذا باع المالك عدة عقارات كصفقة واحدة لمشتر واحد وبثمن واحد وكانت متلاصقة ببعضها البعض، وتوفرت بشأنها جميع شروط الأخذ بالشفعة، فإنه يجب على الشفيع أن يشفع في كل هذه العقارات فالصفقة واحدة ولا يجوز تفريقها.

أما إذا كانت منفصلة، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في العقارات التي توافرت فيها شروط الأخذ بها دون غيرها، إلا إذا كانت هذه الأخيرة مخصصة لعمل واحد أو لطريقة

---

[1] -محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، د.س، ص183.

[2] -موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية، ج20، الدار العربية للموسوعات، بيروت، لبنان، ص43.

-حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، ط4، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1995، ص601.

استغلال واحدة، بحيث أن استعمل حق الشفعة بنسبة على جزء منها، يجعل الباقي غير صالح لما أعده له من انتفاع، عندئذ يجبر الشفيع على أخذ الكل بالشفعة، إلا إذا رضى المشتري بعكس ذلك،م وفي هذه الحالة على المحكمة تعين خبير لتقدير قيمة العقار المشفوع فيه، بحسب موقعه، كون أن الثمن قدر بالنسبة للعقارات جميعها[1].

وإذا كانت العقارات المنفصلة، قد توافرت فيها جميع شروط الشفعة وكانت الصفقة لا تقبل التجزئة بطبيعتها أو بحسب الغرض المقصود منها، فإن الشفيع لا يجوز له أن يشفع إلا فيها جميعا، وتكون العقارات غير قابلة للتجزئة بطبيعتها، إذا كانت تتفاوت في الجودة إلى حد كبير، كما لو كان المبيع قطعا متفرقة من أرض زراعية بعضها خصب والبعض الآخر بور حيث لا يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة في القطع الخصبة ويترك البعض الآخر.

وتكون الصفقة غير قابلة للتجزئة بحسب الغرض المقصود منها إذا قصد من شراء العقارات المنفصلة تخصيصها لغرض واحد، بحيث إذا استعمل الحق في طلب الشفعة بالنسبة إلى بعضها يترتب عليه أن يصبح الباقي غير صالح لتحقيق الغرض، كما لو خصصت العقارات جميعها لإنتاج ما يحتاج إليه مصنع قائم بجوارها، وذلك لأن ثبوت الشفعة في مثل هذه الحالات يضر بالمشتري ضررا بليغا[2].

وإذا كانت هذه العقارات قد توافرت على شروط الشفعة في بعضها دون البعض الآخر، وكانت الصفقة لا تقبل التجزئة، فإن الشفعة لا تجوز فيها إطلاقا، أي في العقار جميعها وهذا الرأي يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

3-**إذا ورد البيع على عقار واحد لعدة مشترين** : في هذه الحالة إذا بيعت الأرض لعدة أشخاص وكان لكل واحد منهم حصة شائعة فإنه لا تجوز الشفعة إلا في العقار كله حتى لا تتفرق الصفقة عليهم، وهذا بخلاف ما إذا كان كل واحد منهم -المشترين- قد اشترى جزءا مفرزا من العقار في صفقة مستقلة، وعينت في العقد حصة كل واحد منهم

---

[1]-رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق الفنية الأصلية أحكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص202

[2]-أنور طلبة، الشفعة والتحيل لإسقاطها، المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص458.

مفرزة، فإننا نصبح بصدد بيوع متعددة بقدر عدد المشترين، وفي هذه الحالة لا يحق للشفيع أن يشفع إلا في الحصص التي تتوفر فيها شروط الشفعة دون الحصص الأخرى.

وإذا بيع عقار واحد لعدة مشترين على الشيوع وكان أحد هؤلاء المشترين من فروع البائع أو أصوله، أو من أقاربه إلى غاية الدرجة الرابعة، أو من أصهاره لغاية الدرجة الثانية، فلا يجوز الأخذ منه بالشفعة، لأنها تبطل بالنسبة لسائر المشترين، والسبب في ذلك هو أن الشفيع يتحتم عليه أن يشفع في كامل العقار حتى لا تتفق الصفقة وبما أنه لا يستطيع أن يشفع في حصة المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة ومن ثم في كل العقار، وعليه تسقط شفعته بالنسبة إلى جميع المشترين[1].

وتعد هذه الحالة صورة من صور التحايل يستغلها المشتري لمنع الأخذ بالشفعة، وذلك بإدخال مشتر تمنع عنه الشفعة بعقد صوري، فيكون على الشفيع عندئذ أن يثبت صورية العقد، وذلك بتوجيه الطلب إلى المشتري الصوري وإدخاله خصما في الدعوى، حتى يثبت في مواجهته صورية عقده، ويجب أن يتم قبل صدور الحكم، فإن حكم له بصورية العقد جاز له عندئذ الأخذ بالشفعة في كامل العقار.

وقد يتحايل البائع لمنع الأخذ بالشفعة من طريق آخر فيكون قصده بيع العقار كله على الشيوع، ولكنه يعمل على فصل جزء صغير من هذا العقار يلاصق العقار المشفوع به، فيبيعه بيعا صوريا لشخص آخر حتى يفصل الجزء الأكبر من العقار المبيع عن العقار المشفوع به، فيمنع الأخذ بالشفعة فإذا أثبت الشفيع ذلك كان له أن يأخذ كل العقار، ويفوت على البائع غرضه غير المشروع.

خلاصة القول، أن قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة، لايمكن إثارتها إلا إذا تعلق الأمر بالصفقة الواحدة وتلك يشترط لتوافرها، وحدة البائع، بائع واحد أو بائعين على الشيوع، وثمن واحد لكل المبيع.

وتعد هذه القاعدة محل اتفاق بين الفقه والقانون رغم عدم وجود نص بشأنها في

---

[1]–مصطفى محدى هرجة، الشفعة في ضوء أحدث الآراء والصيغ القانونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص19.

القانون المدني بعكس بعض القوانين[1]. فالعبرة منها تكمن في وحدة العقار ووحدة العقد.

ثالثا: مدى اتصال الشفعة بشخص الشفيع:

رأينا أن الحكمة من الشفعة هي دفع الضرر عن الشفيع المتصل حقه بالعقار المبيع والذي قد يأتيه من المشتري، لذا اعتبرها الفقه والقوانين المختلفة نظام قرر بناء على اعتبارات شخصية تتعلق بالشفيع، ويترتب على هذه الاعتبارات النتائج التالية:

1-عدم استعمال الشفعة نيابة عن الشفيع:

بما أن الشفعة رخصة تتصل بشخص الشفيع، فإنه لا يجوز لدائنه أن يستعملوا هذه الرخصة نيابة عنه، فنطاق الدعوى غير المباشرة ينحصر في استعمال الحقوق دون الرخص، والشفعة رخصة وليست حقا، والقاعدة أنه لا يجوز للدائنين استعمال الحقوق المتصلة بشخص ا لمدين طبقا لما نصت عليه المادة 189 من القانون المدني»[2].

2-الشفعة لا تنتقل بطريق الحوالة:

إذا توافرت في الشفيع شروط للأخذ بالشفعة، فلا يجوز له إحالة حقه في الأخذ بها إلى الغير عن طريق الحوالة، وكون الشفعة متصلة بشخص الشفيع، فلا يجوز التنازل عنها وبالتالي لا يجوز حوالتها منفصلة عن العقار الذي كان سببا لها، فهي تتبع العقار وتنتقل بالتبعية إلى من انتقل إليه العقار[3].

3-انتقال الشفعة بالميراث:

سكت القانون المدني عن هذه الحالة، ولما كان نظام الشفعة مستمد من الشريعة الإسلامية وجب الرجوع إليها

وقد أثارت مسألة انتقال الشفعة بالميراث من عدمه خلافا فقهيا كبيرا وتفصيله فيما يلي:

---

[1]-نص المادة 1135 من التقنين المدني العراقي، نص المادة 245 من تقنين الملكية والحقوق العقارية اللبناني.

[2]-خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني، ج2، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص59.

[3]-مصطفى محدى هرجة، المرجع السابق، ص11 و12 و13.

ذهب الحنفية إلى أن الشفعة تسقط بوفاة الشفيع قبل الحكم له سواء بعد طلبي المواثية والتقدير أو قبلها (أي قبل أو بعد إعلان الرغبة)، فالشفعة لا تورث عندهم لأنها إرادة ومشيئة، وهي حق خيار لا ينتقل فهي صفة شخصية ليست محل للتوارث[1].

أما المالكية والشافعية، يرون عكس ذلك حيث أثبتوا للوارث حق الأخذ بالشفعة إذا مات الشفيع بعد الطلب وقبل الأخذ بها، فالشفعة موروثة عندهم لأنه حق من حقوق العقار الموروث فيثب لمالكه، وذلك قياسا على غيره من الأموال[2].

وذهب الحنابلة إلى التفرقة بين فرضيتين: إذا مات الشفيع قبل أن يعبر عن رغبته في الأخذ بالشفعة أي قبل الطلب سقطت شفعته ولا حق لورثته في الأخذ بالشفعة أصلا.

أما إذا مات بعد المطالبة بالأخذ بالشفعة، فللورثة المطالبة بها، لأن الحق يتقرر بالمطالبة به[3].

والخلاصة أن جمهور الفقهاء وكذا فقهاء القانون قد أجمعوا إلى عدم جواز انتقال الشفعة إلى الورثة قبل إعلان الرغبة في الأخذ بها، لعدم تكامل أسباب كسب الملكية ولاعتبار هذا الحق مجرد خيار، وبذلك لا ينقل إلى الورثة، لأن ما ينتقل إليهم هي الحقوق الكاملة التي تثبت للمورث، وهذا ما يتفق مع المبادئ العامة للقانون والواجب تطبيقه في المنازعات المثارة أمام القضاء بهذا الشأن ، والأمر الذي أدى بالمشرع إلى التضييق في أحكام الشفعة والحد من الأخذ بها.

المطلب الثاني: التطور التاريخي للشفعة:

إن نظام الشفعة مرتبط ارتباطا وثيقا بتاريخ الملكية، وقد لقي تداول الأموال على ممر العصور عقبات مختلفة، فلم يكن دائما من المباح للمالك أن ينقل ملكية ماله إلى الشخص الذي يختاره، بسبب وجود ما يسمى بحق التفضيل لصالح بعض الأشخاص

---

[1]–شمس الدين الشرخسي، الميسوط، مج7، ج14، بيروت، لبنان، دار المعرفة، ص116.

[2]–الدردير، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص475 وما بعدها.

–أبو إسحاق السيرازي، المجموع في شرح المهذب، ج1، دار الفكر، ص383.

[3]–ابن قدامى المقدسي، المرجع السابق، ص535–537.

لاكتساب ملكية ذلك المال هذا هو المعنى الحقيقي للكلمة اللاتينية " Préemto" (شراء بالتفضيل) اليونانية الأصل "Protimesis" والتي اشتقت منها الكلمة " Préemption" وتقابلها باللغة العربية "الشفعة"[1].

وأصل الشفعة ومرجعها هو الفقه الإسلامي، إذ إن الشريعة الإسلامية هي الأصل المادي والتاريخي لنصوص الشفعة وأحكامها دون سواها من الشرائع الأخرى والقوانين، لذلك لا نجد قانونا مدنيا أخذ بنظام الشفعة إلا كان متأثرا في ذلك بالفقه الإسلامي، سواء كان ذلك الأثر مباشرا كما هو الحال في قوانين البلاد العربية خاصة، والإسلامية عامة، أو غير مباشرة كما هو الحال في قوانين أخرى ليست بعربية.

فندرس هذه المسألة ومدى تطورها عبر العصور في ثلاثة فروع، ، نخصص الأول للشفعة في العصور القديمة، والثاني نبين فيه حكم الشفعة في العصور الوسطى، والفرع الثالث نتناول فيه الشفعة في العصر الحديث.

الفرع الأول: الشفعة في العصر القديم:

كانت الملكية قديما متعلقة بالعائلة، وأن الجماعة غير العائلية كان لها نوع من الأولوية على جميع الممتلكات التي يقيم عليها الأجانب، ولأعضاء هذه الجماعة وخاصة الأقارب منهم له حق الأولوية على بقية الأفراد، فكان ينبغي على البائع الذي يقدم على بيع أرضه، وكذلك المشتري الذي يريد شراء أرض لم تكن له عليها حق تفضيل، أو كان لسواه عليها حق أسبقية أن يخبر من له حق الأولوية على هذا البيع لكي يمارس حقه قبل أن يخرج هذا الملك من ملك البائع.

وعرف القانون الروماني بعض أنواع الشفعة التي أجازها الإمبراطور "قسطنطين" للجيران والأقارب والذي لم يدم مدة طويلة، حيث ألغي بموجب قانون 391م من طرف "فالنتينيانوس"[*]. وتم حصر الشفعة بالحاجة التي يبيع فيها مستأجر إجارة عينية حق

---

[1]–فوج أبي راشد، الشفعة نصوص واجتهادات فقه، دم، 1966، ص127.

[*]–فالنتينيانوس: إمبراطور روماني في الغرب 364–375 شاركه أخوه قالنس في حكم الشرق، دافع عن المسيحية ضد البدع، صد غزوات البرابرة، المنجد في اللغة العربية والإعلام، بيروت، دار المشرق، ص404.

فألزمه بإبلاغ هذا البيع إلى المالك المؤجر الذي أعطى حق الخيار بين أمرين، إما أن يشفع الحق موضوع البيع وإما أن يقبض 2% من ثمن المبيع[1].

كما عرف القانون البيزنطي الشفعة أيضا، وهي أقرب ما تكون للشفعة في الشريعة الإسلامية، فبحكم مرسوم سنة 922م حددت درجات الأفضلية بين الذين يحق لهم ممارسة الشفعة، في الدرجة الأولى الأقارب ثم شركاء في العقار ثم الجيران، وفي هذا المرسوم خفظت مهلة الحق في الأخذ بالشفعة من ستة أشهر إلى شهر[2].

لكن فكرة مذهب الفردية المفرط في رومان والتي كانوا يتصورونها في ذهنهم عن الملكية حالت دون كل ما من شأنه إقامة مانع لممارسة أهم امتيازات الملك، لذلك لم تزدهر الشفعة في هذه الحقبة نتيجة لاعتبارها عقبة في سبيل تداول الأموال بصورة حرة.

الفرع الثاني: الشفعة في العصر الوسيط:

اشتهرت الزراعة وساد الإقطاع في هذا العصر ونتيجة لذلك ظهرت أشكال جديدة للشفعة تمثلت في الاسترداد الزراعي، والاسترداد النسبي، والاسترداد الإقطاعي، فالاسترداد الزراعي يستفيد منه سكان نفس المقاطعة بموجب قانون الإفرنج الذي ينص على أنه إذا كان أجنبي يريد أن يحل محل أحد الأشخاص المقيمين في دار أو جزء منها برضى هذا الشخص، فإنه بالرغم من ذلك بالإمكان الجيران غير الموافقين طرده منها.

وصدر بعد ذلك أمر يعالج فقط حق الجيران في أن يتلقوا عن طريق الإرث أرض المتوفى الذي لم يترك وارث.

أما الاسترداد النسبي فيمنح للقريب أن يسترجع بالاستناد إلى قرابته ملكا عائليا بيع لأجنبي، على أن يسدد له الثمن والمصروفات الضرورية، فالاسترداد كان يؤدي إلى حفظ أموال العائلة التي انتقلت إلى أعضائها عن طريق الإرث، وهذه الأموال كانت تشكل النصيب الوصائي وتدعى بالخصوصيات وهي غير قابلة للتصرف خارج حدود رضى

---

[1]–جان باز، القانون العقاري اللبناني، مكتبة لبنان، بيروت، 1968، ص169.

[2]–المرجع نفسه، ص170

الأقارب أما الاسترداد الإقطاعي كان خاصا بالسيد صاحب الإقطاعية، فمتى كان هذا الأخير غير راض عن المشتري، كان بإمكانه أن ينزع ملكية هذا المشتري بتسديده إياه نفقاته لحفظ الأموال في محل سلطة السيد الإقطاعي[1].

الفرع الثالث: الشفعة في العصر الحديث:

لقد تأثرت العديد من القوانين بنظام الشفعة ضمن ما أقره الفقه الإسلامي سواء مباشرة كما هو الحال في قوانين البلاد العربية عامة والإسلامية خاصة، أو بطريق غير مباشر كما هو الحال في القوانين الأجنبية، ونوضح ذلك فيما يلي:

1-الشفعة في بعض البلاد غير الإسلامية:

نذكر منها: فرنسا وألمانيا وإسبانيا التي تأثرت بالحضارة الإسلامية بحكم المجاورة

أ-الشفعة في فرنسا: صدر القانون المدني الفرنسي سنة 1804، والذي كرس حياة اجتماعية جديدة خلافا لما سبق، فألغى الاسترداد النسبي والاسترداد الإقطاعي وأبقى على الاسترداد الوراثي الذي تم إلغاءه بعد ذلك بموجب القانون الصادر في 31-12-1975 إلى جانب الحصة الشائعة الملغاة بقانون 13-08-1966.

إلى جانب الاسترداد الوراثي[2]، هناك صور أخرى للشفعة أقرتها قوانين لاحقة منها المرسوم الصادر في 30-10-1935، الذي منح للمساهمين بأن يكتبوا بالأفضلية في زيادة رأس المال، وكذلك المرسوم الصادر في 08-08-1935 نص على أنه كل من انتزعت منه ملكيته للمصلحة العامة يمكن له طلب استعادة هذا المال عندما تبادر الإدارة إلى بيع هذا الملك خلال مدة عشر سنوات والقرار الصادر في 30-06-1945 الذي منح حق ممارسة الشفعة الإدارات في حالة بيع أموال منقولة مفروض عليها رسم بالمزاد العلني، كما أقر حق ممارسة الشفعة لصالح الدولة بالنسبة للسلع المعدة للاستهلاك.

---

[1]-فرج أبي راشد، المرجع السابق، ص131-132.

[2]-طلبة وهبة خطاب، الشفعة في المنقول، مصر، الولاء للطبع، 1990، ص180.

-Nadia Younsi ; Le régime juridique de la chefaa en droit Algérien, mémoire de Magister en droit, Université d'Alger, 1981, P31.

وإضافة إلى ذلك، فقد صدر أمر في 17-10-1945 تضمن الشفعة بالنسبة للأراضي الزراعية، حيث إذا قام المؤجر ببيع الأراضي المخصصة للاستغلال الزراعي محل هذا الإيجار يحل المستأجر محل المشتري لقاء الثمن المحدد وأكد على هذا النوع من الشفعة القانون رقم 13-04-1946.

كذلك القانون رقم 808/66 المتعلق بشركات الاستثمار العقاري والاستغلال الزراعي كما نص عليه قانون 08-08-1962[1].

ب-الشفعة في ألمانيا: جاء القانون الألماني بنصوص خاصة بحق الشفعة في المواد 504 إلى 514 و1094 إلى 1104، وقررت في هذا القانون لصالح البائع في حالة ما إذا باع المشتري ما اشترى، وبذلك فهي تختلف عن الشفعة الواردة في القانون المدني الجزائري، والذي ينظمه لمصلحة أشخاص معينين.

وتوجد حالات عديدة للشفعة القانونية في التشريعات الخاصة بالولايات خاصة ما يتعلق بالمناجم ونزع الملكية[2].

-وهناك قوانين تأثرت بهذا النظام كونها استظلت بظل السياسة الإسلامية في تاريخ متقدم كإسبانيا

جـــ-الشفعة في إسبانيا: صدر القانون المدني الإسباني سنة 1889 وتضمن حالتين للاسترداد، لمصلحة الشركاء في الملك بحكم المادة 1522 منه، وكذلك لمصلحة الجيران وتضمنته المادة 1523، وهذا الأخير هو الذي يقابل مفهوم الشفعة الحالي فقرر لمصلحة ملاك الأراضي المجاورة في حالة بيع عقار زراعي لا تزيد مساحته عن هكتار، وفي حالة التزاحم بين عدة جيران يقدم مالك العقار الذي تكون مساحته أقل وإذا تساوت

---

[1]-Joseph Comby, et Vincent Remard, Evaluation du droit de préemption, htt:// PERSO Orange.Fr/ Joseph. Com by/ droit de préemption. htm, P2-3.

[2]-محمد كمال مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية وأسباب كسبها، ط2، ج3، مصر، المطبعة العالمية، سنة1952، ص602.

المساحة يقدم من طلب الاسترداد أولا[1].

2-الشفعة في بعض البلدان العربية:

أ-الشفعة في مصر : كانت الشريعة الإسلامية هي المطبقة في مصر طوال قرون عديدة، إلى أن خطا المشرع المصري خطوة أولى في تقنين القانون في الربع الأخير من القرن الماضي من التقنيين المدنيين المختلط والأهلي ونظم ضمنهما أحكام الشفعة، ليصبح التشريع هو المصدر الرسمي لها، وإن بقيت الشريعة الإسلامية هي مصدرها التاريخي، الأمر الذي أدى على تناقض الأحكام.

وعلاجا لهذا الوضع ألغى المشرع النصوص المذكورة بموجب الأمر الصادر سنة 1900 في شأن القضاء المختلط ثم الأمر الصادر سنة 1901 في شأن القضاء الأهلي، وقد ظل الحال على هذا النحو حتى وضع القانون المدني الجديد، فأعيدت إليه أحكام الشفعة[2].

ب-الشفعة في السودان: أخذ لمشرع السوداني بنظام الشفعة منذ زمن بعيد يرجع إلى ما قبل الحكم العثماني، وكان العمل يجري على أساس المذهب المالكي الذي استمر العمل به في مجال الأحوال في فترة الحكم العثماني، لكن سرعان ما تأثر السودان بالفقه الحنفي وامتد هذا الأثر إلى قانون الشفعة الذي استمد من التقنين المصري الصادر سنة 1901.

وفي عام 1928 صدر قانون الشفعة لسنة 1928، واستمر العمل على ضوئه حتى عام 1971، حيث صدر مشروع القانون المدني لسنة 1973، حيث ألغي هذا القانون بموجب قانون تنظيم القوانين لسنة 1973، وعاد التعامل مرة أخرى في قضايا الشفعة بالمحاكم السودانية إلى ما كان عليه من قبل وفقا قانون الشفعة لسنة 1928.

وأخيرا صدر قانون المعاملات المدنية لسنة 1984، وهوم متضمن لموضوع

---

[1]-الخواض الشيخ العقاد، الشفعة في قانون المعاملات المدنية 1984 مقارنا بالفقه الإسلامي، بيروت، دار الهلال، سنة 1993، ص6.

[2]-حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، المرجع السابق، ص518.

الشفعة والعمل مستمر على ضوئه إلى اللحظة[1].

جـــ-الشفعة في لبنان : في لبنان يوجد نوعان من الأراضي، أراضي الملك والأراضي الأميرية، فتمارس الشفعة في النوع الأول بموجب المواد 950، 954، 1008، 1044 من مجلة الأحكام العدلية.

أما في النوع الثاني فقد أوجدت المادة 46 من قانون الأراضي العثماني نوعا من الشفعة أطلق عليه اسم حق الرجحان إلا أنه في مرحلة تم صدور قانون سنة 1931 الذي ألغى حق الرجحان وأجاز الشفعة في الأراضي الأميرية.

وتبنى بعدها قانون الملكية رقم 3339 أحكام الشفعة في المواد 238 و254 وتم تعديله بقانون 05-02-1948 والذي استمدت أحكامه من الشريعة الإسلامية[2].

د-الشفعة في سوريا: كانت سوريا تابعة للدولة العثمانية، وكانت تطبق الشفعة وفق الشريعة الإسلامية، غير أن المشرع السوري في القانون الصادر في 18-04-1949 استبعد الشفعة في الملكية العقارية، وذهب إلى أبعد من ذلك حيث ألغى حق الاسترداد في المنقول المشترك وعلل ذلك بأن الشفعة هي من الحقوق الضعيفة، والحياة الاجتماعية والاقتصادية في البلاد السورية لا توجب الاستمرار على الأخذ بها[3].

هـــ-الشفعة في تونس: لقد نشأ عن التسجيل الاختياري للعقارات نوعان من العقارات في تونس عقارات غير مسجلة تطبق عليها أحكام الشريعة الإسلامية، الخاصة بالشفعة وقد أدخلت عليها بعض التعديلات تماشيا مع العادات المحلية.

وعقارات مسجلة تطبق في شأنها أحكام الشفعة الواردة في قانون 10-07-1885 المعدل بقانون 14-03-1892، مع العلم أن أحكام هذا القانون تختلف عن أحكام الشريعة الإسلامية[4].

و-الشفعة في المغرب: صدر قانون 12-08-1913 يتضمن التسجيل العقاري،

---

[1]-الخواض الشيخ العقاد، المرجع السابق، ص11.

[2]-جورج شدراوي، حق الملكية العقارية، طرابلس، لبنان، لمؤسسة الحديثة للكتاب، 2006، ص21 وما بعدها.

[3]-محمد كمال مرسي باشا، المرجع السابق، ص612.

[4]-المرجع نفسه، ص602.

كما صدر أيضا في 02-07-1915 تشريع خاص بالعقارات المسجلة تختلف أحكامه عن أحكام الشريعة الإسلامية، خاصة منها ما يتعلق بالشفعة، وحصرها في الشركة فقط دون الجوار، كما تطبق أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالشفعة على العقارات غير المسجلة.

ز-الشفعة في الجزائر : جاءت السياسة الاستعمارية بالعديد من التغييرات الاجتماعية والاقتصادية عن طريق إصدار مجموعة من القوانين منها: قانون 16-06-1851 ويعد أول قانون عن الملكية العقارية في الجزائر بحيث يطبق بموجبه القانون الفرنسي على كل المعاملات بين الأوروبيين أو بين الأوروبيين والأهالي، وللشريعة الإسلامية كل المعاملات التي تجري بين الأهالي فقط من بينها استعمال الشفعة.

وبصدور قانون 26-07-1873 حول حق الشفعة إلى حق استرداد وراثي لا يمكن أن يتمسك به قبل المشترين إلا الأقارب الذين يرثون بمقتضى الشريعة الإسلامية، وقصر تطبيق هذا القانون على الكل وعلى الأراضي المسماة الأراضي المفرنسة.

وجاء قانون 16 فيفري 1897 بنوع جديد من الشفعة يطبق على الأراضي المفرنسة، وعلى غيرها من الأراضي، إذا كانت دعوى القسمة أو التصفية رفعها دائن فرنسي أو شريك في الملك فرنسي لا تطبق إذا رفع الدعوى مسلم على غيره من المسلمين.

أما بعد الاستقلال صدر الأمر 58/75 المؤرخ في 26-09-1975 الذي تضمن أحكام الشفعة في المواد من 794 إلى 807[1].

وفي الأخير نخلص إلى القول بأن الشفعة عرفت في العصور القديمة تأصلت على يد فقهاء الشريعة الإسلامية، وقننها القانون الوضعي، ووفقا لهذا الأخير كيف يتم الأخذ بهذا النظام الاستثنائي؟

[1]-عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر -العقار، ط3، الجزائر، دار هومة، 2006، ص50 وما بعدها.

المبحث الثاني: الأخذ بالشفعة

الشفعة رخصة تستعمل إذا تولد المركز القانوني للشفيع يمكنه من اكتساب ملكية العقار أو حق عيني باعه مالكه لمشتر آخر بالشفعة متى توافرت شروطها، والتي تتمثل في وجود صلة بين المشفوع به والمشفوع فيه، وهذا لا يعني أن كل من يملك مالا هو متصل بالمبيع، يأخذه جبرا عن مشتريه بالشفعة، فهذه الأخيرة لا تثبت إلا بشروط حددها المشرع على سبيل الحصر لاعتبارها تعطى الأفضلية لمن به أحدها على مشتري العقار المشفوع فيه، والحق يثبت للشخص الطبيعي ويثبت أيضا للشخص الاعتباري طالما كان الحق متعلقا بالتعاملات ولم يرد عليه قيد في إجرائه، وهو يثبت لهما بتحقق شرطين: أولهما وجود شفيع، وثانيهما وجود بيع عقاري (التصرف المشفوع فيه)، ونتعرض لهذين الشرطين بالنسبة للشخص الطبيعي والشخص الاعتباري ضمن مطلبين على التوالي.

المطلب الأول: شفعة الشخص الطبيعي

حدد المشرع في نص المادة 795 من القانون المدني على سبيل لحصر الأشخاص الذين لهم الحق في ممارسة حق الشفعة، وقد تتوفر أسباب هذه الأخيرة لأكثر من شخص فيطلبها جميعا أو البعض منها، مما يؤدي إلى تزاحمهم، فأورد بشأنهم القانون المدني المادة 796، ولا تجوز شفعة هؤلاء إلا في حالة وجود بيع عقاري، نقاط نعرضها في ثلاث فروع تباعا.

الفرع الأول: صفة الشفيع

تقضى المادة 795 أعلاه بأنه:« وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية [*].

–لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

–للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

---

[*]–أضحى هذا التقييد لا معنى له بعد صدور قانون 25/90 المؤرخ في 18–01–1990 المتعلق بالتوجيه العقاري، والذي ألغى صراحة الأمر 73/71 المتعلق بالثورة الزراعية بموجب المادة 75 منه.

-لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها».

والهدف من إقرار المشرع لأسباب الشفعة جمع ما تفرق من حق الملكية وحق الانتفاع وتمكين الشركاء من منع دخول أجنبي بينهم في الشيوع.

أولا: مالك لرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع:

الشفعة في هذه الحالة تعتبر سببا لكسب حق الانتفاع حسب ما تقضي به المادة 844 من القانون المدني بنصها على أنه «يكسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون...»، وهذا استثناء من الأصل الذي يقضي بأن الشفعة هي طريق لكسب الملكية، والغاية منها في هذه الحالة جمع شتات الملكية، على وجه تام بيد صاحب الرقبة، وتعد هذه الحالة نادرة الوقوع، ويرجع ذلك إلى ندرة تقرير حق الانتفاع، عملا ومع ذلك فيتصور الفقه هذه الحالة في فروض متعددة.

-أول هذه الفروض أن يكون هناك عقار مملوك لشخص معين ترتب عليه حق انتفاع لشخص آخر، ثم يباع الانتفاع فيشفع فيه مالك الرقبة، ويكون بذلك قد ضم حق الانتفاع لملكيته وعاد كما كان مالك للعقار ملكية تامة (رقبة وانتفاع) وهذه النتيجة هي مبرر منح رخصة الشفعة لملك الرقبة[1].

- وثاني هذه الفروض: قد يرتب مالك العقار حق انتفاع لفائدة شخصين أو أكثر على الشيوع ثم باع أحدهما حقه المشاع في الانتفاع، كان لمالك الرقبة أن يستعمل الشفعة من أجل شراء الحصة المبيعة فيصبح حينئذ مالك لملكية تامة لنصف العقار، ومالك النصف الآخر، وفي هذه الحالة المالك استرد النصف الشائع من حق الانتفاع وضمه للرقبة كلها، وذلك لأن الشريك الآخر في حق الانتفاع لا يستطيع أن يزاحم مالك الرقبة في أخذ الحصة المبيعة في حق الانتفاع بالشفعة لأن مالك الرقبة مقدم في الترتيب على الشريك في الشيوع بحسب ما جاء في نص المادة 795 من القانون المدني[2].

---

[1]-رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص230.

[2]-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص545.

-أما ثالث هذه القروض إذا كانت الرقبة مملوكة لشخصين على الشيوع، ورتب عليه حق انتفاع لشخص آخر ثم بيع حق الانتفاع، فإن مالكي الرقبة يستطيعان أن يشفعا في حق الانتفاع المبيع ويعودا كما كان مالكين للعقار ملكية تامة.

إما إذا طلب الشفعة أحد مالكي الرقبة فقط، فله أن يأخذ نصف حق الانتفاع باعتباره ملابسا للنصف الذي يملكه في الرقبة، فيعود كما كان مالكا لنصف العقار في الشيوع ملكية تامة، ويبقى المالك الآخر للرقبة الذي لم يأخذ بالشفعة مالكا لنصف الرقبة، في حين أن المشتري لحق الانتفاع يستبقي نصف هذا الحق، كما له أن يعترض ويتمسك بقاعدة عدم تفريق الصفقة عليه[1]. لأنه اشترى كل حق الانتفاع ولم يخلص له إلا نصفه، فيكون له الحق إجبار مالك نصف الرقبة الذي أخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع على أن يأخذ أيضا النصف الآخر لحق الانتفاع منعا لتفريق الصفقة، أو أن يترك الشفعة في نصف حق الانتفاع الذي أراد أخذه، وعليه يصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة ومالكا لحق الانتفاع في النصف الآخر.

وإن تركت الشفعة خلص لمشتري حق الانتفاع حقه كاملا ولا تتفرق عليه الصفقة ويبقى مالكا للرقبة في الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة.

-والغرض الرابع: أن يكون لشخصين ملكية عقار شائع مناصفة، ويرتبان عليه حق انتفاع لمصلحة شخصين مناصفة أيضا، فإذا باع أحد أصحاب حق الانتفاع حقه جاز لمالكي الرقبة معا أن يأخذه بالشفعة، كما يحق لأحدهما وحده أن يأخذ النصف، ولا يحق للمشتري أن يعترض بتفريق الصفقة عليه[2]. وإذا باع المنتفعان معا حقهما لمشتر واحد جاز لمالكي الرقبة أن يأخذها معا بالشفعة، كما يجوز لأحدهما أن يشفع في النصف الملابس لحقه في الرقبة، إلا إذا تمسك المشتري بعدم تجزئة الصفقة فيجب عندئذ على مالك نصف الرقبة، إما أن يأخذ كل حق الانتفاع أو يدع الشفعة أصلا.

وعلى الرغم من أن الشفعة في هذه الحالة طريق استثنائي لكسب حق الانتفاع كما

---

(1)-مصطفى الجمال، نظام الملكية، ط2، الفتح للطباعة والنشر، 2000، ص453.

(2)-عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، ط3، لبنان، بيروت، دار النهضة العربية، 1967، ص411-412.

سبق ذكرنا، إلا أنه وبصدور قانون التوجيه العقاري 90-25 المؤرخ 18-11-1990 الذي عزز الملكية الخاصة وأعطاها مفهوم جديد حيث أصبحت تملك الحقوق العينية العقارية بنص المادة 28 منه «الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية العقارية....»، وبما أن حق الانتفاع حق عيني عقاري، يكون محلا لهذا النص، وبالتالي نقول بأن الشفعة أصبحت طريق لكسب ملكية حق انتفاع بعدما كانت طريق استثنائي لكسب حق الانتفاع فقط.

ثانيا: الشريك في الشيوع.

اتفقت المذاهب الفقهية على أن شفعة الشريك مطلقة من كل قيد، فقد يكون الشركاء مشتركين في جميع المبيع على الشيوع وتثبت لهم الشفعة جميعا فيه تساوت حصصهم أو تفاوتت وقد تكون الشركة في جزء من العقار، فصورتها أن تقتصر الشركة على موضع معين منه بينما يكون باقي العقار ملكا خاصا لأحد الشركاء فيشاركون هذا الأخير فيما أخذ[1].

وزاد الحنفية عن ذلك إثبات حق الشفعة للشريك في حق من حقوق المبيع، وهي حقوق الارتفاق التي تتمثل في حق الشرب وحق الطريق وحق المسيل وكذلك للجار الملاصق[2].

أما في القانون المدني وبمقتضى نص المادة 795 سالفة الذكر فالشفعة تثبت «للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار الشائع لأجنبي»، والغاية هو إبعاد الأجنبي عن التملك معه في الشيوع، والعقار الشائع يشمل العقار المملوك ملكا تاما لعدد من الشركاء على الشيوع ويشمل رقبة العقار إذا انفصل عنها حق الانتفاع وكانت الرقبة مملوكة لعدة ملاك في الشيوع كما يشمل أيضا حق الانتفاع لعقار إذا انفصلت عنه الرقبة

---

[1]-الدردير، المرجع السابق، ص474، 475.

-ابن شهاب الرملي، المرجع السابق، ص199، 202.

-بن قدامى المقدسي، المرجع السابق، ص308، 318.

[2]-البابرني، شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير، ج7، دط، دم، دت، ص402، 413.

وكان حق الانتفاع مملوكا لعدد من الشركاء على الشيوع، وصاحب الحق في الشفعة هو الشريك في ملكية الرقبة ونص المادة 1/795 من القانون واضح وصريح في هذا المعنى: «لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة».

والمعنى المقصود هو حق الانتفاع المرتب على العين إلى جانب حق الرقبة أي المصاحب لحق الرقبة لذا فكلمة "المناسب للرقبة" جاءت غير دقيقة [1]. أما الشريك على الشيوع في حق الانتفاع لم ينص عليها القانون صراحة.

ونتطرق في هذه الحالة إلى الشريك على الشيوع في الملك وللشريك على الشيوع في حق الانتفاع.

1-الشريك على الشيوع في الملك:

حتى تثبت الشفعة للشريك على الشيوع في الملك يجب أن نكون بصدد عقار شائع، وأن يبيع أحد الشركاء حصته الشائع وأن يكون البيع لفائدة أجنبي.

ا-وجود عقار شائع: العقار المملوك على الشيوع هو العقار الذي تم استغلاله والانتفاع به على الشيوع، أي أن العقار له سند رسمي يشترك فيه عدة أشخاص، فالعقار الذي كان شائعا بين مجموعة من الأشخاص ثم قسم إلى أجزاء مفرزة يختص كل شريك بحصة شائعة واضحة المعالم والحدود لا تكون فيه الشفعة، ويستوى الأمر في ذلك إذا وقعت القسمة بطريقة ودية أو عن طريق القضاء [2]. فإذا باع أحدهم حصة مفرزة إلى شخص أجنبي لا يمكن للشركاء الآخرين أن يستعملوا حقهم في الشفعة بدعوى أنهم شركاء فيه، لأنهم بعد عملية القسمة لم يعودوا شركاء في الشيوع بل أصبحوا جيرانا.

وعليه إذا جاز لأحد منهم أن يأخذ بالشفعة الجزء المفرز المبيع، فيكون ذلك باعتباره جارا إذا استوفى سائر شروط الجيرة، وهذا بالنسبة للتشريعات التي تسمح بالأخذ

---

[1]-علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1992، ص171.

[2]-المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 194838 المؤرخ في 31-05-2000، مجلة قضائية، عدد خاص، 2004 ، ص240.

بالشفعة للجار[1]. لأن الخروج من الشيوع لا يترك لمن كان شريكا أن يلتجأ إلى اتباع الإجراءات الخاصة بالشفعة لأن الغرض منها هو إبعاد الأجنبي من اقتحامه نطاق الملكية الشائعة وهذا للتقليل من عدد الشركاء قدر الإمكان على اعتبار أن الملكية الشائعة غير مرغوب فيها من الناحية الاقتصادية من جهة، ومن جهة أخرى كلما تعدد الشركاء اتسع نطاق الاختلاف، وهذا ما تبرزه القضايا العديدة المطروحة أمام المحاكم[2].

ب-بيع أحد الشركاء حصته الشائعة: المقصود بعبارة "بيع جزء من العقار الشائع" هو بيع حصة شائعة من هذا العقار، وعليه يخرج من هذا المعنى بيع الشريك المشتاع لحصة مفرزة يختص بها وحده من العقار المشاع، لأنه قد يحصل أن يكون لنفس الشريك حصة شائعة وحصة مفرزة لنفس العقار، فإن باع هذا الأخير حصته الشائعة كان لشركائه المشتاعين الأخذ بالشفعة، وأما إذا باع حصته المفرزة من نفس العقار، فقد اختلف الفقه في ذلك.

حيث ذهب الرأي الأول إلى أن بيع الشريك المشتاع لحصته المفرزة من المال الشائع لا يحول دون طلب باقي الشركاء أخذها بالشفعة استنادا إلى نص المادة 795 من القانون المدني التي تقضي بثبوت الشفعة للشريك، سواء أكان هذا الجزء المبيع حصة شائعة أم قدرا مفرزا[3]، ثم إن المادة 714 من القانون المدني أقرت بصحة التصرف في الجزء المفرز قبل القسمة، مهما كانت نتيجة القسمة.

فإذا لم يقع الجزء المفرز في نصف البائع، انتقل حق المشتري من وقت البيع إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة، وذلك لأن امتناع الشفعة في هذه الحالة من شأنه أن يسهل على البائع أو المشتري التحايل لتفويت الشفعة على باقي الشركاء.

وذهب الرأي الثاني: إلى أنه لا يجوز للشريك في الشيوع أن يشفع في جزء مفرز

---

[1]-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص747 -555.

[2]-مصطفى لعروم، الشفعة في القانون المدني، مجلة الموثق، العدد6، سنة 1999، ص39.

-Immobilier: droit de preemption, http:// prod-notr75. fluxus.net/art. PHP.

[3]-عبد المنعم البدرواي، المرجع السابق، ص340، 342.

من العقار الشائع، وذلك بناء على أن بيع حصة مفرزة من العقار الشائع لا يؤدي إلى جعل المشتري شريكا على الشيوع معهم وإنما يظل البائع هو الشريك حتى تقع القسمة [1]. وكما لا يجوز للشريك المشتاع أن يشفع في جزء مفرز من العقار الشائع باعه شريك آخر، كذلك لا يجوز لمشتري هذا الجزء المفرز أن يشفع في حصة شائعة من العقار باعها شريك مشتاع، كون أن المشتري لجزء مفرز لا يصبح مالكا في الشيوع مع باقي الشركاء المشتاعين كما سبق القول.

وعليه إذا اشترى هذا المشتري بعد ذلك حصة شائعة في نفس العقار، وأراد أحد الشركاء الآخرين أخذ هذه الحصة بالشفعة جاز له ذلك، ولا يحتج عليه المشتري بأنه هو نفسه شريك مشتاع مثله قبل شرائه الحصة الشائعة بحجة أنه سبق له أن اشترى الجزء المفرز حتى لا يجوز للشريك أن يأخذ منه بالشفعة[2].

والراجح مما سبق هو ما قيل في الرأي الأول، حيث تجوز الشفعة للشريك إذا بيعت حصة شائعة أو قدر مفرز من العقار الشائع، بناء على أن تصرف الشريك في الجزء المفرز في حكم التصرف في قدر شائع إلى حين تمام القسمة ومن ثم تجوز فيه الشفعة كما يجوز التصرف في حصة شائعة، ولا خوف من التحايل بين البائع والمشتري لتفويت حق الشفعة عن طريق بيع جزء مفرز، لأن الشركاء الحق في رفع دعوى استحقاق على المشتري للاعتراف بحقوقهم شائعة في الجزء المفرز المبيع من شريكهم.

جـــ-البيع لفائدة أجنبي: لا تثبت الشفعة للشريك إذا بيعت حصة شائعة من العقار الشائع إلا إذا كان البيع لأجنبي، والعلة في ذلك رفع الضرر عن شركاء إذا باع أحدهم حصته الشائعة لأجنبي إذ يدخل عليهم في الشيوع غريب عنهم، والشفعة هي الوسيلة القانونية لرفع هذا الضرر، باستبعاد المشتري الأجنبي وأخذ الحصة المبيعة منه، كما يتفق

---

[1]-عبد المنعم فرج الصده، الملكية في قوانين البلاد العربية، دط، دت، ص88-89.

[2]-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص550.

مع سياسة المشرع في التضييق من أسباب الشفعة[1].

2-الشريك في الشيوع في حق الانتفاع:

اختلف فقهاء القانون حول حق الشريك في حق الانتفاع في طلب الشفعة باعتباره شريكا في الشيوع، فمن الفقه من ذهب إلى أنه لا يجوز للشريك في حق الانتفاع، أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة في حق الانتفاع باعها شريك آخر في هذا الحق الأجنبي [2]، وذلك لأن نص المادة 195 من القانون المدني خول للشريك في الشيوع الحق في الشفعة «إذا بيع جزء من العقار الشائع إلى أجنبي»، فالذي له الحق في الشفعة هو الشريك في الملك لا صاحب حق الانتفاع، كما أن القانون نص صراحة على حق المنفعة في الشفعة إذا بيعت الرقبة ولمالك الرقبة عند بيع شيء من الانتفاع، من اجل جمع ما تفرق من حق الملكية، ولو كان المشرع يريد منح الشريك في المنفعة الحق في الشفعة لنص على ذلك صراحة.

أما أغلب الفقهاء يذهبون إلى جواز الشفعة للشريك في حق الانتفاع إذا بيعت حصة من هذا الحق لأن عبارة الشريك على الشيوع الواردة في المادة 795 سالفة الذكر جاءت مطلقة بحيث تصدق على الملكية، كما تصدق على الانتفاع بالعقار، والانتفاع بالعقار يعتبر عقارا بصريح نص المادة 684 من القانون المدني، والمصلحة في استبعاد الأجنبي عند قيام حالة الشيوع محققة في حالة الانتفاع، في حالة الملكية أيضا، وعلى ذلك يمكن القول بأن حق الانتفاع قد يكسب في هذه الصورة عن طريق الشفعة ويكون الشفيع في هذه الحالة صاحب حق الانتفاع لا مالك العقار.

ثالثا: صاحب حق الانتفاع.

---

[1]-المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 202380 مؤرخ في 22-11-2000، غير منشور، مشار إليه : حمدي باشا عمر، الفضاء العقاري، الجزائر، دار هومة، 2004، ص180.

[2]-عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص339.

بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 795 قانون مدني يثبت حق الأخذ بالشفعة لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها، فصاحب حق الانتفاع يشفع في الرقبة، ونصادف في هذه الحالة نفس الفروض التي صادفناها في شفعة مالك الرقبة مثالها[1]:

-أن يكون هناك عقار مملوك لشخص وقد رتب عليه حق انتفاع لشخص آخر فأصبح مالك العقار مالك للرقبة فقط، فإذا باعها لهذا الأخير كان لصاحب حق الانتفاع أن يشفع في الرقبة ويجمع عناصر الملكية ويصبح مالك للعقار ملكية تامة، وهذا هو الهدف الذي يرمي إليه المشرع بمنح صاحب حق الانتفاع حق الأخذ بالشفعة.

-أن يكون هناك عقار مملوك في الشيوع من طرف شخصين بمقدار النصف لكل واحد منهما ويرتبان معا حق انتفاع في هذا العقار لمصلحة شخصين في الشيوع كل بمقدار النصف.

فإذا باع أحد مالكي الرقبة نصفه الشائع إلى أجنبي جاز لمالكي حق الأنتفاع أن يأخذ معا هذا النصف بالشفعة لأن كل منهما يملك الأخذ بالشفعة ما لم يطلب الشريك الآخر في الرقبة أن يأخذه لأنه شريك في الشيوع ومقدم.

وكذلك يستطيع أحد مالكي حق الانتفاع وحده أن يأخذ نصف الرقبة المبيعة بالشفعة إذا لم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة، ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تتفرق عليه وإذا باع مالكي الرقبة الحق كله جاز لصاحبي حق الانتفاع أن يأخذ معا بالشفعة وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة المطابقة لحقه في الانتفاع إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة، فيتحتم على الشفيع أن يأخذ كل الرقبة أو يترك، وإذا بيعت الرقبة كلها لأحد صاحبي حق الانتفاع لم يجز لصاحب حق الانتفاع الآخر أن يشفع في حدود نصيبه، لأن صاحب حق الانتفاع الأول هو المشتري وقد توافرت فيه الشروط

[1]-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص556-558.

-أحمد خالدي، المرجع السابق، ص70إلى 72.

-مصطفى مجدي هرجة، المرجع السابق، ص43-44.

التي كانت تجعله شفيعا فيفضل على صاحب حق الانتفاع لأنه من طبقته طبقا لنص المادة 796 من القانون المدني.

وفي هذا الصدد ينبغي الإشارة إلى مسألتين أثارتا الكثير من الجدل والنقاش على الصعيد التطبيقي.

المسألة الأولى: تتعلق بمدى جواز تمسك المستأجر بحق الشفعة في ظل التشريع الجزائري حيث أنه وإعمالا بنص المادة 795 من القانون المدني المستفيدون من حق الشفعة محددون على سبيل الحصر، ومن بينهم مالك حق الانتفاع، ولا يعتبر المستأجر منهم، إذا المقصود بصاحب حق الانتفاع في الفقرة الثالثة من هذه المادة هو مالك هذا الحق الذي يتفرع من حق الملكية لشاملة، وليس المنتفع على وجه الإيجار، هذا ما أقرته المحكمة العليا[1]، الغرفة العقارية في قرارها رقم 193704 المؤرخ في 2000/04/26 حيث «قصد المدعون في القرار موضوع الطعن، ممارسة حق الشفعة ممسكين بعقد إيجار مبرم لهم لمدة عشر سنوات من طرف المدعى عليهم في الطعن مالكي القطعة الأرضية وبحيازة هذا العقار عند انقضاء عقد الإيجار...

غير أن المحكمة العليا أمرت بنقض القرار المطعون فيه مثيرة وجها تلقائيا مأخوذا من خرق المادة 795 من القانون المدني التي حددت حالات ممارسة حق الشفعة، واستبعد المدعين في الطعن على أساس عدم توفر صفة صاحب حق الانتفاع فيهم».

وبناء على هذا فالمستأجر الذي يلجأ إلى استعمال الشفعة عندما يرغب مالك الرقبة بيعها لشخص ثالث، لا يستفيد من هذا الحق، لأن حق الإيجار لا يمنح صاحبه مرتبة صاحب حق الانتفاع.

ولكن وخروجا عن هذا المبدأ حول المشرع الجزائري بنص استثنائي خاص ورد في المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، للمستأجر (الشاغل) حق ممارسة

---

[1]–مجلة قضائية: عدد خاص، ج1، 2004، ص255.

–المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 198485، مؤرخ في 2000/04/26، مجلة قضائية، عدد خاص، 2004، ص246.

الشفعة شريطة أن يكون المؤجر شخصا معنويا قرر بيع البناية التي يملكها إلى أجزاء، حيث جاء في المادة 23 منه «إذا قرر شخص معنوي مؤجر بيع البناية التي يملكها، أجزاء يستفيد الشاغل القانوني الجزء الموضوع للبيع من حق الشفعة لشرائه...» [(1)].

المسألة الثانية: تتعلق بمدى تمسك مؤجر جدران المحل للاستغلال التجاري بحق الشفعة إذا أراد المستأجر بيع القاعدة تجارية للغير؟

وبما أن القاعدة التجارية ليست بعقار بل مال منقول معنوي لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة وهذا ما استقر عليه القضاء الجزائري حيث رفضت الغرفة العقارية بالمحكمة العليا الطعن بالنقض المرفوع ضد القرار المطعون فيه، ذلك في القرار رقم 179136 المؤرخ في 25/ 03/ 1998 «حيث أن المدعي في الطعن في قضية الحال، مالك المحل التجاري حسب مقتضيات القانون التجاري وبالتالي لا يتمتع بحق الانتفاع حسب مفهوم المادة 844 وما يليها من القانون المدني فالانتفاع هو الانتفاع بشيء وحفظه وإرجاعه إلى مالكه عند حلول الأجل المحدد، وبما أن المدعي هنا مالك للمحل التجاري ومستأجر لجدران المحل الذي يمارس فيه نشاطه التجاري، يستفيد بهذه الصفة بحق شغل وبتعويض في حالة الإخلاء وبالتالي لا يستفيد من مقتضيات المادة 795 من القانون المدني»[(2)].

هذا ما أقره القانون المدني إذ جعل الشفعة تثبت لأصحاب هذه الصور، لكن ما هي الشروط الواجب توافرها في الشفيع حتى يستحق المطالبة بالشفعة ويصبح شفيعا بمفهوم المادة 795؟.

رابعا: الشروط التي يجب أن تتوفر في الشفيع.

يجب طبقا للمبادئ العامة أن تتوفر في الشفيع الشروط المطلوبة قانونا حتى يستطيع أخذ العقار بالشفعة، تتمثل أساسا في:

---

(1)–نفس ما هو معمول به في فرنسا.

Le droit de preemption et la protection des locataires en cas de vente d’un immeuble de plus de dix logements (loi du 13-06-06: Jo du 14-6-06/ loi du 31-12-75: article 10-1), http:// www. Anil.org/srvlet/ anil. Documlent.doc voir.

(2)–المجلة القضائية، عدد خاص، 2004، ص220.

–قرار رقم 181039، المؤرخ في 1999/02/09، مجلة قضائية، ع1، 1999، ص159.

1-أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة، أي وجب أن يكون مالكا للرقبة أو صاحب حق انتفاع، وإن كان يشفع بحصة شائعة مملوكة على الشيوع، وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة الشائعة، وملكيته سابقة على البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة، فإن كانت الملكية بموجب عقد بيع وجب أن يكون تاما ومسجلا وسابقا على البيع المشفوع فيه، ولا بد أن تستمر هذه الملكية حتى وقت ثبوت الشفعة[1].

2-أن تتوفر في الشفيع الأهلية الواجبة، أي أن يبلغ سن الرشد ولم يحجز عليه، ففي هذه الحالة جاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، أما إذا كان قاصرا جاز لوليه أخذ الشفعة عنه -وسيأتي بيان ذلك في الفصل الثاني-

3-أن يكون الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه بحكم القانون، حيث جاء في نص المادة 402 من القانون المدني الأشخاص الذين يمنع عليهم الشراء بأنفسهم مباشرة أو بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها[2]. وهذا التعدد ورد على سبيل الحصر لأن المنع استثناء من القواعد العامة، فلا يشمل غيرهم بطريق القياس كالخبراء والمترجمين ووكلاء المحامين.

وقد ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك، بحيث منع التعامل في الحقوق المتنازع من أجلها بالنسبة لهيئة الدفاع من محامين ومدافعين قضائيين طبقا لنص المادة 403 من القانون المدني، فإذا كان شراء العقار المتنازع فيه محظور على أسرة القضاء وهيئة الدفاع متى رفع النزاع في دائرة اختصاصهم، كذلك لا يجوز لهم أن يشفعوا في هذا العقار إذا توافرت لهم أسباب أخذه بالشفعة[3]. فالمبدأ هنا ما يحرم شراءه، يحرم أخذه

---

[1]-أحمد خالدي، المرجع السابق، ص73 وما بعدها.

[2]-حسن كيره، المرجع السابق، ص640.

[3]-نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري واللبناني، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة2003، ص467-468.

بالشفعة، كل ذلك حفاظا على سمعة ونزاهة وحياد القضاء.

ومن بين الحالات التي يمنع الأخذ فيها بالشفعة ما ذكرته المادة 410 من القانون المدني حيث لا يجوز لمن ينوب عن غيره في بيع ماله أن يشتري هذا المال لنفسه، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشتريا مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعا، إذا مما لاشك فيه أن يشتري هذا المال بأقل مما يساوي، في حين أن مصلحة موكله هي أن يبيعه بأحسن سعر والنيابة في بيع مال الغير قد تأتي بموجب اتفاق (وكالة)، أو عن طريق نص في القانون كالولاية وقد تأتي عن طريق أمر من السلطات القضائية المختصة كما هو عليه الحال في الوصي والمقدم ومصفي والوكيل عن الغائب، ومحافظ البيع بالمزايدة والسماسرة والخبراء فهم في حكم من ينوب عن الغير في بيع ماله، ويسرى عليهم نفس الحكم وفقا لنص المادة 411 من القانون المدني.

فالنائب عن غيره في بيع مال هذا الغير، يمنع عليه شراء هذا المال لنفسه، فلا يجوز أن يتعاقد مع نفسه، والغاية من ذلك منع التواطؤ وتفويت المصلحة التي قصد الشارع حمايتها ورعايتها، حيث إذا أراد النائب أن يأخذ العقار المراد بيعه بالشفعة و جب عليه أن يتنحى عن مباشرة البيع، ويمكن القول أن قبوله للوكالة بالبيع ومباشرتها فعلا يعد منه إسقاط لحقه في الشفعة[1].

4-أن لا يكون الشفيع وقفا، هذه مسألة عالجتها بعض التقنينات المدنية العدلية المختلفة[2]. من بينها القانون المدني المصري الذي نص في الفقرة الثانية من المادة 939 على أنه «لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة» ومعنى ذلك أنه إذا بيع عقار مجاور للعقار الموقوف فلا يجوز للوقف أن يشفع في العقار المبيع على أساس الجوار، وإذا كان العقار الشائع بعضه ملك وبعضه وقف وبيع الملك، فلا يجوز للوقف أن يشفع في الملك المبيع

[1]-عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص368.

-أحمد خالدي، المرجع السابق، ص83،82.

[2]-التقنين المدني الليبي: المادة2/943، قانون الملكية العقارية اللبناني: المادة 254.

على أساس كونه شريكا في الشيوع[1].

وإذا كانت الشفعة لا تجوز بالوقف، فإنها تجوز في الوقف، ويتحقق ذلك إذا اشترط الواقف استبداله، فإذا بيع الاستبدال يصبح ملكا فتجوز فيه الشفعة أما ثمنه فيشتري به عقار آخر، هو الذي يصبح وقفا ولا تجوز الشفعة فيه لأنه يصح بيعه، أما إذا كان العقار المشفوع فيه ملكا أوقفه المشتري لمنع طلب الشفعة اعتبر هذا تهربا منه، فيكون الوقف باطلا ويجوز أخذ العقار بالشفعة[2].

نلاحظ أن القانون المدني الجزائري قد خلى من النص على أحكام الأخذ بالشفعة للوقف وتركها لأحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها طبقا لأحكام المادة الأولى من القانون سالف الذكر.

وقد تتوفر هذه الشروط في أكثر من شفيع مما يؤدي التعدد والتزاحم، فما حكم تعدد الشفعاء؟

الفرع الثاني: تزاحم الشفعاء.

القاعدة في الفقه الإسلامي عند الفقهاء الأربعة «الأخص يقدم ويفضل على الأعم». حيث إذا اجتمع الشفعاء الشركاء في الرقبة، فالمالكية والحنابلة منفقون على انه يقسم العقار المشفوع فيه بينهم بنسبة حصصهم من العقار المشفوع به [3]. وللشافعية قولان، أحدهما: وافقوا فيه المالكية والحنابلة على ما ذهبوا إليه، والثاني: قالوا فيه بالقسمة بينهم بالتساوي على كل حال[4].

أما الأحناف فذهبوا إلى أن قسمة تكون على عدد الرؤوس دون النظر إلى تفاوت مساحات ما يملكونه من العقار المشفوع به، واختصوا بمسألة حقوق الارتفاق ثم يليه الجار

---

[1]–عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، المرجع السابق، ص450،449.

[2]–عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص594، 595.

[3]–الباجي، المرجع السابق، 210، 212.

–أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص158، 159.

[4]–بن قدامى المقدسي، المرجع السابق، ص363–365.

الملاصق[1].

أما عن حكم إسقاط أحد الشفعاء حقه في الشفعة، فيرى المالكية والشافعية والحنابلة على أنه إذا تنازل أحد الشفعاء الشركاء عن حقه في الشفعة قسمت بين الباقين بنسبة حصصهم في العقار المشفوع به[2].

وذهب الحنفية إلى أن تكون القسمة بالتساوي بين الباقين في واقعة التنازل تساوت حصصهم أم لا.

أما القانون المدني فتقضي المادة 796 منه بأنه: «إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

-إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.

-وإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى».

من استقراء نص المادة نجدها تقتصر على ذكر تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، وحالة تزاحم الشفيع مع غيره من الشفعاء، غير أنها لم تتضمن تزاحم الشفعاء من طبقات مختلفة.

وبالرجوع لنص المادة 937 من القانون المدني المصري المقابلة لنص المادة 796 مدني جزائري، نجدها تشمل جميع حالات التعدد والتزاحم، حيث جاءت صياغة الفقرة الأولى منها كالتالي: «إذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة»، والمقصود بالعبارة الأخيرة المادة 936 ويقابلها المادة 795 مدني جزائري، وهنا نبحث في الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء على النحو التالي:

---

[1]-ابن همام الحنفي، المرجع السابق، ص412-414.

[2]-الدرديري، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ص236.

أولا: التزاحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة[1]:

في هذه الحالة يكون استعمال رخصة الشفعة على الترتيب المنصوص عليه في المادة 795 من القانون المدني مع الأخذ بعين الاعتبار ما ورد في قانون التوجيه العقاري المادة 71 و57 منه، حيث أن شفعة الدولة تسبق في الترتيب على ما هو محدد في المادة 795 أعلاه، وأيضا شفعة الجوار التي تكون في المرتبة الرابعة بعد ما ورد في ذات المادة (795)، وسيأتي بيان ذلك في شفعة الشخص الاعتباري، وعليه نستعرض بقية الطبقات تباعا.

1-**مالك الرقبة عندما يشفع في حق الانتفاع** : إذا كان هناك عقار قد رتب عليه حق انتفاع لشخصين في الشيوع، وباع أحدهما حصته كان الشفعاء اثنين مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع الآخر باعتباره شريك في الشيوع في حق الانتفاع، فإذا تقدم الاثنين لطلب الشفعة، فضل مالك الرقبة لأنه في الطبقة الثانية ويليه الشريك في الشيوع.

2-**الشريك في الشيوع:** والشريك هنا قد يكون الشريك في حق الملكية التامة، وقد يكون الشريك في الرقبة أو في حق الانتفاع، فإذا كان هناك عقار مملوك لشخصين مشاعا بينهما، وقد رتب عليه حق انتفاع، فأصبحا يملكان الرقبة فقط في الشيوع، ثم باع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة إلى أجنبي، كان الشفعاء في هذه الحصة هم الشريك المشتاع آخر في الرقبة، وصاحب حق الانتفاع والجار -في الأنظمة التي تعطي حق الشفعة للجار- ولما كان الشريك المشتاع الآخر في الرقبة هو شريك في الشيوع فهو في الطبقة الثالثة، ويتقدم عند التزاحم في طلب الشفعة على كل من صاحب حق الانتفاع والجار.

3- **صاحب حق الانتفاع عندما يشفع في الرقبة** : إذا كان هناك عقار مملوك لشخص واحد قد رتب عليه حق الانتفاع فأصبح مالك للرقبة وحدها، ثم باع الرقبة، فالشفعاء في هذه الأخيرة هم صاحب حق الانتفاع والجار، ولما كان صاحب حق الانتفاع

[1]-أنور طلبة، المرجع السابق، ص107-110.

-عبد الرحمن ملزي، الشفعة، التكوين المتخصص في العقاري، الجزائر، المعهد الوطني للقضاء، 2003، ص151-152.

في الطبقة الرابعة فيتقدم على الجار بأخذ الشفعة وحده.

ثانيا: تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة:

تنص الفقرة الثانية من المادة 796 من القانون المدني «إذا تعدد الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة يقدر نصيبيه» القاعدة أن الشفعاء الذين يكونون في مرتبة واحدة لا يفضل أحدهم على غيره، فيقسم المبيع بينهم نسبة حصة كل منهم، ويتصور التزاحم هنا إذا تعدد الشفعاء الذين يملكون حق الرقبة عندما يباع حق الانتفاع، أو في حالة وجود شركاء في الشيوع عندما يباع جزء من العقار الشائع إلى أجنبي، أو في حالة وجود شركاء في حق الانتفاع عندما تباع الرقبة[1]. ويمكن توضيح ذلك فيما يلي:

1-تزاحم ملاك الرقبة : إذا تعدد الشفعاء في حق الانتفاع، وهم كلهم من طبقة واحدة فالقاعدة هي أن يستحق كل منهم الشفعة على قدر نصيبيه مثال ذلك: إذا كانوا ثلاثة أشخاص الأول له النصف والثاني الثمن والثالث ثلاثة أثمان، اقتسموا حق الانتفاع فيما بينهم بنسبة كل واحد منهم في ملكية الرقبة، فيأخذ الأول النصف والثاني ثمنه والثالث بقيته.

ولكن إذا بيع حق الانتفاع، ولم يتقدم لطلب الشفعة واحد من الشفعاء، فهل يشفع الشفيع في حدود حصته في ملكية الرقبة أو في كامل الانتفاع المبيع؟

إعمالا لمبدأ عدم جواز تجزئة الصفقة وبغض النظر على ما جاء في نص الفقرة الثانية من المادة 795 من القانون المدني التي تنص على أن «لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من الانتفاع المناسب للرقبة»، يحق للمشتري إلزام الشفيع على أخذ كامل حق الانتفاع أو تركه لأن مبدأ عدم تجزئة الصفقة مقرر لمصلحته.

2-**تزاحم الشركاء في الشيوع** : إذا تزاحم لشركاء في الشيوع سواء كانوا ملاكا للعقار بكامله أو كانوا شركاء في الرقبة أو شركاء في الانتفاع، وطالبوا جميعا بالشفعة

---

[1]-عبد التواب معوض، المرجع في التعليق على نصوصه القانون المدني، المجلد9، ط7، طنطا، علم الفكر والقانون، سنة 2004، ص473 وما بعدها.

-حسن كيرة، المرجع السابق، ص567 وما بعدها.

قسم المبيع بينهم قسمة تناسبية بنسبة حصصهم بعضها إلى بعض فمثلا: إذا كان العقار لثلاثية وباع أحدهم حصته إلى أجنبي، فلكل واحد من الشريكين أن يأخذ بالشفعة في الجزء المبيع على قدر حصته في الملك، وإذا تنازل أحد الشريكين عن حقه في الشفعة جاز للشريك الآخر أن يأخذ الحصة المبيعة بكاملها بالشفعة، أما إذا تعدد الشركاء وطالبوا بالشفعة وتنازل أحدهم لآخر عن حقه، فلا يستأثر المتنازل له بهذه الحصة، بل يرجع إلى كافة الشركاء ليأخذوا كل بقدر نصيبه، لأن المتنازل لم يملك شيئ حتى يتنازل عنه.

3-**تزاحم أصحاب حق الانتفاع** : إذا تعدد أصحاب حق الانتفاع، فلا إشكال في الأمر إذا تقدموا جميعا لطلب الأخذ بالشفعة فيما بيع من الرقبة، حيث يسري عليهم نص الفقرة الثانية من المادة 796 من القانون المدني فيأخذ كل منتفع من الرقبة المبيعة على قدر نصيبه.

وإن تقدم واحد فقط من أصحاب حق الانتفاع بطلب الشفعة دون الباقين فيحق للمشتري أن يجبر الشفيع على تحمل الصفقة كاملة، ولا يجوز لهذا الأخير أن يقتصر طلبه على ما يعادل نصيبه في ملكية الرقبة، حتى لا يضار المشتري من تفريق الصفقة عليه.

ثالثا: التزاحم بين الشفعاء يكون المشتري واحد منهم.

تقضى الفقرة الثالثة من 796 سالفة الذكر على أنه: «إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى» ومعنى ذلك أن المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه [1]، فإذا زاحمه شفعاء آخرون فإنه يمكن نصور ذلك فيما يلي:

1-إذا قام بالمشتري سبب من أسباب الأخذ بالشفعة وكان من طبقة الشفعاء الذين يزاحمونه فإنه يفضل عليهم ويستبعدهم ويبقى له العقار الذي اشتراه، ومثال ذلك: شراء

[1]-عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المرجع السابق، ص437، 440.

-أنور طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1993، ص379.

الشريك في الرقبة حق الانتفاع المناسب لنصيبه، وتقدم شريك آخر في الرقبة للأخذ بالشفعة، أو شراء شريك في الانتفاع الرقبة المناسبة لنصيبه وتقدم شريك آخر في الانتفاع للشفعة في هذا الحق وهنا يفضل المشتري لأنه من نفس طبقة المطالب بالشفعة، إذ هما معا من الطبقة الثالثة في المثال الأول ومن الطبقة الرابعة في المثال الثاني.

وتعد هذه الحالة خروجا على الأصل الذي أقره المشرع في المادة 2/796 من المدني يجعل استحقاق كل من الشفعاء من طبقة واحدة للشفعة على قدر نصيبه.

2-إذا قام بالمشتري سبب من أسباب الأخذ بالشفعة وكان من طبقة أعلى من الشفعاء الذين يزاحمونه، فإنه يفضل عليهم، ومثال ذلك شراء مالك الرقبة لحصة شائعة في الانتفاع ثم تقدم شريك آخر في الانتفاع لأخذها بالشفعة، فيفضل المشتري مالك الرقبة على الشريك في الانتفاع الذي هو أدنى منه في الطبقة.

3-إذا قام بالمشتري سبب من أسباب الأخذ بالشفعة وكان من طبقة أدنى من الشفعاء الذين يزاحمونه فإنهم يفضلون عليه ويستبعدونه بحيث يحلون محله في البيع، ومثال هذه الحالة، إذا باع شريك في الانتفاع بالعقار حصته الشائعة إلى شريك آخر، وطلب الشفعة فيها مالك الرقبة فضل هذا الأخير أو إذا كان هناك شريكين في الرقبة وباع أحدهما حصته لصاحب حق الانتفاع كان لمالك الرقبة الآخر أن يشفع في هذا البيع.

ونشير أخيرا أن المشتري الذي يعتبر شفيعا في نفس الوقت يقدم على من هم من طبقته أو من طبقة أدنى، دون أن يكون ملزما بمراعاة إجراءات الشفعة، بل يكفي أن يقوم به سبب الشفعة حتى يصير شفيعا يزاحم غيره ويتقدم عليه [1]. أما الشروط الشكلية فليست مطلوبة بالنسبة إليه، لأنه يستعمل حقه بطريق الدفع لا بطريق الدعوى، حيث أنه لا يريد الحصول على ملكية جديدة بالحلول محل مشتر آخر، وإنما هو يبتغي استبقاء الملك الذي اشتراه.

بتوفر الشفيع لا بد من وجود عقار معد للبيع كي يتم الأخذ بالشفعة، فهل كل بيع

[1]- عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص374-375.

عقاري يمكن أن يؤخذ فيه بهذا؟.

الفرع الثالث: البيع العقاري.

حصر المشرع الأخذ بالشفعة في عقد البيع حسب المادة 794 من القانون المدني كما أشار في مختلف نصوص الشفعة إلى البائع والمشتري، وبالتالي لا شفعة في بيع المنقول إلا ما بيع تبعا للعقار وفقا للقواعد العامة[1].

وبما أن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع بعوض، وعقد البيع هو تصرف قانوني صادر من جانبين وناقل للملكية فأي سبب آخر من أسباب كسب الملكية، كالميراث، الالتصاق، التقادم...لا تجوز فيه الشفعة، كما لا يجوز في أي تصرف آخر كالوصية والقسمة والصلح والهبة ولو بعوض، والشركة والوفاء بمقابل.

وعليه لكي يتم الأخذ بالشفعة لا بد من وجود عقار للبيع ، وبمجرد وقوع البيع ينفتح باب الشفعة متى توافرت شروط الأخذ بها، إلا أنه يحضر على الشفيع المطالبة بالشفعة في بعض البيوع، كذلك قد يحدث ويتصرف المشتري في العقار ببيعه إلى مشتريين ويتصرف فيه هذا الأخير لثالث و هكذا سواء قبل أم بعد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فبأي بيع يأخذ الشفيع في هذه الحالة؟. حالات عديدة ندرسها تباعا فيما يلي:

أولا: البيوع التي يجوز الأخذ فيها بالشفعة:

1-**عقد البيع** : لقد رأينا مدى اتفاق المذاهب الفقهية الأربعة على أن الشفعة لا تكون إلا في العقار دون المنقول مع وجود الخلاف حول ما يتصل بالعقار، ويتضح هذا كذلك من تعريف الشفعة الذي تضمنته المادة 794 من القانون المدني والقاضي بأن: «الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار...»، إذن كي يجوز الأخذ بالشفعة لا بد أن يكون المشفوع منه قد حصل على العقار المشفوع فيه بمقتضى عقد بيع قانوني حقيقي تام، انعقد وأصبح ملزما لطرفيه، وأن يظل قائما إلى حين إعلان الشفيع

---

[1]-قرار رقم 155181 مؤرخ في 18-11-1999، نشرة قضائية، ع54، 1999، ص78.

رغبته في الأخذ بالشفعة [1]. وعليه نقول إذا وجد تصرف قانوني يأخذ شكل البيع وناقل للملكية بعوض من النقود وصادر من جانبين جاز فيه الأخذ بالشفعة.

2-**البيع القابل للإبطال:** القابلية للإبطال هي جزاء يلحق العقد إذا تخلف شرط من شروط صحته، رغم توافر أركانه، ويكون كذلك إذا كان رضا المتعاقد مشوب بعيب من عيوب الرضا، كالغلط والتدليس والإكراه أو كان ناقص الأهلية، فالبطلان في هذه الحالة نسبي فلا يجوز التمسك به إلا لمن تقرر لمصلحته، وبالتالي يعتبر العقد صحيحا منتجا لآثاره[2]. فيجوز للشفيع طلب الأخذ بالشفعة باتخاذ الإجراءات المقررة في مواعيدها التي تحسب منذ إبرام عقد البيع القابل للإبطال، ومتى قضي نهائيا بثبوت الشفعة، حل الشفيع محل المشتري في العقد القابل للإبطال، فإن قضي بإبطاله انحل العقد بأثر رجعي منذ تاريخ إبرامه[3]، ويلتزم الشفيع برد العقار والبائع يرد الثمن ويحق للشفيع أن يحبس العقار إلى أن يسترد الثمن.

كما تجوز الشفعة في بيع ملك الغير وهو بيع قابل للإبطال من جهة وغير نافذ في حق المالك من جهة أخرى، فإذا أخذ الشفيع فيه بالشفعة وأجاز المالك الحقيقي البيع، استقرت ملكية الشفيع في العقار المشفوع فيه، لأن البيع بإجازة المالك الحقيقي ينقلب صحيحا ناقدا هذا ما أكدته المادة 398 من القانون المدني.

أما إذا لم يقر المالك هذا البيع يكون غير نافذ، حتى ولو أجازه المشتري طبقا لنص المادة 397 من القانون المدني[4].

وبما أن قابلية بيع ملك الغير قد قررت لمصلحة المشتري، فإن أخذ الشفيع بالشفعة وحل محل المشتري، لم يجز له طلب إبطال البيع كما كان يجوز للمشتري، لأنه لما أخذ بالشفعة يكون قد أجاز البيع.

---

[1]-قرار رقم 150100 مؤرخ في 19-11-1997، مجلة قضائية، ع2، 1997، ص55.

[2]-علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الجزائر، 2001، ص248 وما بعدها.

[3]-رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص213.

[4]-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص508، هامش رقم 1.

3-**عقد البيع غير المقيد في مصلحة الشهر العقاري :** يشترط في عقد بيع أن يكون في شكل رسمي، فالشكلية كركن في العقد لا بد منها لقيام التصرف ويترتب على انعدامها انعدام هذا الأخير، إضافة إلى شرط الشهر الذي يهدف إلى إعلام الجميع بكل التصرفات التي تتعلق بالعقار حتى يكون العقد نافذا في حق الغير، زيادة على دور الشهر في إتمام نقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، فالعقد غير المشهر منتج لآثاره ماعدا النقل الفعلي للملكية[1].

وبناء على ما تقدم فعقد البيع غير المشهر لا يمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة كون هذا الأخير لا يتلقى الملكية من المشتري وإنما يحل محله وتثبت له حقوق المشتري، ومنها حقه في شهر العقد دون الحاجة إلى تدخل البائع، ويجوز للشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور هذا العقد، وتسري المواعيد من وقت إبرامه.

4-**البيع المقترن بشرط:** تنص المادة 203 من القانون المدني «يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه».

الهدف من تعليق العقد على شرط، هو إما تعليق الالتزام أو تعليق انقضائه، فإذا كان البيع معلقا على شرط فاسخ جازت الشفعة لأن البيع قائم ومنتج لجميع آثاره، ولا يؤثر إذا كان هذا العقد مهددا بالزوال إذا تحقق الشرط الفاسخ [2]. فالبيع نافذ من وقت إبرامه وتنتقل الملكية إلى الشفيع معلقة على هذا الشرط إذا ما راعى مواعيد الشفعة السارية من وقت إبرام العقد، فإن فوتها وسقط حقه في الأخذ بها لا تبدأ مواعيد جديدة يحسبها من وقت تخلف الشرط.

أما المالك تحت شرط واقف، فلا تتوفر له الملكية فوجودها يكون معلقا على هذا الشرط وفقا لأحكام المادة 206 من القانون المدني، فالبيع يكون ناقدا لكن غير موجود فيجوز الأخذ فيه بالشفعة، ونحتسب مواعيدها من وقت إبرام البيع لا من وقت تحقق

---

[1]-عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، الجزائر، دار هومة، سنة 2002، ص112، وما بعدها.
-قرار المجلس الأعلى رقم 23156 المؤرخ في 17-03- 82، نشرة قضائية، سنة 1983، ص133.
[2]-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص504.

الشرط.

فإذا أخذ الشفيع بالشفعة حل محل المشتري في البيع المعلق على شرط واقف، فإذا تحقق الشرط نفذ البيع بأثر رجعي ونفذت معه الشفعة، وإذا تخلف الشرط زال البيع وزالت معه الشفعة ففكرة الأثر الرجعي للشرط لا تنطبق بخصوص هذه الأخيرة[1].

وهناك رأي يذهب إلى أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في البيع المعلق على شرط واقف ولو سجل لأن ملكيته تكون موقوفة. والشفعة لا تكون إلا في البيع الذي يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجا باتا.

غير أننا نرجح الرأي الأول وذلك راجع أن الشفيع يجب أنه يكون مالك الحق الذي يشفع به وقت إبرام البيع بينما لا يشترط في المشفوع منه أن يصبح مالكا للحق المشفوع فيه، ولكن يكفي أن يكون قد صدر إليه عقد بيع من شأنه أن ينقل ملكية هذا الحق، فالشفعة إذن تجوز في البيع ولو كان نقل الملكية فيه معلقا على شرط واقف، وعليه لا فرق بين أن يقترن البيع بشرط فاسخ أو بشرط واقف، فليس من شأنهما أن يحولا دون قيام عقد مستوف لكافة أركانه، وفي كلتا الحالتين الشفعة جائزة ويحل الشفيع محل المشتري.

ثانيا: البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة:

سبق القول أن العقد هو التصرف الوحيد الذي يجوز الأخذ فيه بالشفعة، إلا أنه هناك عقود شبيهة بالبيع ولا يجوز الأخذ فيها بالشفعة بسبب طبيعتها التي تختلف عنه، كما توجد بيوع عقارية صحيحة ولا يؤخذ فيها بالشفعة بنص القانون، ونتعرض لهذه العقود والتصرفات فيما يلي:

1- ما لا يجوز للشفعة فيه بسبب طبيعته

توجد عقود بيع وعقود شبهة بعقد البيع وتصرفات لا تجوز فيها الأخذ بالشفعة،

---

[1]-حسن كيرة، المرجع السابق، ص581.

-أنور طلبة، الشفعة والتحيل لإسقاطها، المرجع السابق، ص176-180.

لذا تحديد طبيعة التصرف أمر له أهمية لمعرفة ما إذا كان بيعا فتجوز الشفعة فيه، ويرجع في هذا التحديد إلى مبادئ القانون المدني، وتقع على عاتق القاضي مهمة تكييف العقد في ضوء الغرض العملي الذي قصد إليه المتعاقدين دون التقيد بالوصف الذي يطلقانه على العقد، وهذه العقود هي:

ا-**البيع الباطل بطلانا مطلقا:** البطلان هو الجزاء المترتب على العقد الذي لم يستوف كافة أركانه، فينعدم الأثر القانوني للعقد، وبما أن البيع باطلا بطلانا مطلقا هو معدوم لا أثر له في نقل الملكية ولا في غير نقل الملكية، إذن فلا شفعة فيه.

ب-**البيع الصوري:** رأينا أن الشفعة لا تجوز إلا في بيع قائم وقت طلب الشفعة فإذا ستر المتعاقدين عقدا حقيقيا بعقد ظاهر، هبة ساترة لبيع فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين هو العقد الحقيقي، في هذه الحالة يستطيع الشفيع أن يثبت أن الهبة ساترة للبيع بكافة الطرق فإن نجح في إقامة الدليل، تجوز الشفعة في هذا العقد[1].

وعلى العكس إذا كان البيع ساترا لتصرف آخر، البيع يستر هبة، يجوز لأي من المتعاقدين أن يثبت الصورية، ومن ثم لا يجوز له إذا كان حسن النية لا يعلم بالصورية أن يتمسك بالعقد الظاهر، لأن الغير في الصورية يشمل الدائن الخلف الخاص لكل من المتعاقدين[2]. هذا وفقا لنص المادة 198 من القانون المدني والتي تقضي بأنه: «إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري».

ج-**عقد المقايضة:** تنص المادة 413 من القانون المدني على أن: «المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى آخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود»، وعليه الشفعة لا تجوز فيه لأنه ليس بيعا، ولا يمكن الاستناد إلى نص المادة 415 من القانون المدني التي تقضي بسريان أحكام البيع على المقايضة للقول بجواز الشفعة ونجعل

---

[1]-عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص377.

-عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المرجع السابق، ص462.

[2]-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص498 وما بعدها.

ذلك "بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة"، وهذه الطبيعة لا تتلائم مع الشفعة التي يلتزم بموجبها الشفيع بدفع ثمن نقدي ب حيث لا يحصل مالك العقار المشفوع فيه على البدل العقاري قصد الحصول عليه من المقايضة[1].

د-الوفاء بمقابل: نصت المادة 285 من القانون المدني بأنه: "إذا قبل الدائن في استفاء حقه مقابل استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء " فإذا كان الدين مبلغا من النقود وقبل الدائن في استفاء حقه عقارا، فلا يجوز للغير أن يشفع في هذا العقار.

فالوفاء بمقابل ولو أنه يشبه البيع، إلا أن مصلحة المدين الموفى أن تبرأ ذمته مقابل نقل ملكية العقار للدائن[2].

هـ- الوعد بالبيع: هل يحق للشفيع أن يتمسك بحق المطالبة بالشفعة في حالة الوعد بالبيع؟

قضت المحكمة العليا[3] في قرارها رقم 130337 المؤرخ في 10-01-1995 «حيث إن قضاة الموضوع استجابوا لطلب المدعي وقضوا بإبطال عقد الوعد بالبيع للعقار، والقضاء بإثبات حق الشفعة في العقار المتنازع عليه، في حين أ ن حق الشفعة لا يكون إلا في حالة بيع العقار فالمادة 794 من القانون المدني عرفت الشفعة ولمن تنص على الوعد فالبيع، كما أن المادة 807 من القانون نصت على سقوط حق الشفعة

(إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع وليس الوعد بالبيع.)».

و-عقد الهبة : تنص المادة 202 من قانون الأسرة على أن: «الهبة تمليك بلا عوض...» أي أن الواهب قد رضي التخلي عن ملكه دون مقابل، لذلك لا تجوز الشفعة حتى ولو أراد الشفيع أن يأخذ العقار بقيمته كون أن الهبة مناقضة للغرض الذي شرعت

---

(1)-عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في القوانين العربية، المرجع السابق، ص130-131.

(2)-حسن كيرة، المرجع السابق، ص585.

(3)-مجلة قضائية، ع1، 1995، ص196.

له الشفعة وهو دفع الضرر عن الشريك[1].

ز-العقود المقررة والكاشفة[2]:

- **عقد القسمة:** لا تجوز الشفعة في هذا العقد ولو كانت القسمة قد تمت بمعدل نقدي لأنها مقررة وكاشفة عن حقوق الشركاء هذا ما نصت عليه المادة 730 من القانون المدني.

-**عقد الصلح:** والأمر كذلك في الصلح لأنه كاشف عن الملك لا ناقل له، ولو كان ببدل نقدي حيث لا يعتبر هذا الأخير ثمنا وإنما هو مقابل النزول عن الادعاء ، طبقا لنص المادة 463 من القانون المدني.

-**عقد الشركة:** إذا قدم الشريك حصته في الشركة عقارا، فإن الشفعة لا تجوز في هذا العقار، فتقديم العقار في هذه الحالة لا يعتبر بيعا يحصل منه الشريك على ثمن نقدي، وإذا اندمجت شركة في أخرى وكان الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أموالها للشركة الأخرى،/ وكان في هذه الأموال عقارات جاز أخذها بالشفعة.

أما إذا كان الاندماج عن طريق بيع الشركة أسهمها للشركة الأخرى، كان البيع واقعا على أسهم، وهي منقولات فلا شفعة فيها.

وتجدر الإشارة كذلك أنه لا تجوز الشفعة في حالة كسب ملكية العقار بالوصية أو بالميراث أو بالتقادم.

وكذلك نزع ملكية العقار للمنفعة العامة لا تجوز الشفعة فيه لأنه ليس بيعا حتى وإن كانت عملية النزع تتم مقابل تعويض قبلي عادل ومنصف، إلا أن الشفيع لا يستطيع أن يحل محل الدولة في تخصيص العقار للمنفعة العامة.

---

[1]-أبو بكر جابر الجزائري، مناهج المسلم، الطبعة الجديدة، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ص406.

[2]-أحمد خالدي، المرجع السابق، ص177-178.

2- مالا تجوز فيه الشفعة بنص القانون:

الأصل أن كل بيع تجوز فيه الشفعة متى كان حقيقيا خالصا وصرفا، ولكن خرج المشرع عند هذا الأصل في بعض البيوع رغم وقوعها صحيحة، وجاء باستثناءات تحول دون قيام حق الشفعة فيها، ذكر القانون المدني بعضها، وجاءت قوانين أخرى ببعض آخر.

حيث نصت المادة 798 من القانون المدني على أنه: "لا شفعة

-إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون

-وإذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

-إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة".

ونتناول هذه الحالات تباعا في النقاط التالية:

ا-البيع بالمزاد العلني: نظم المشرع الجزائري أحكام البيع بالمزاد العلني في قانون الإجراءات المدنية[1]، في المواد من 379 إلى 399، ويقصد به البيع الجبري أو الاختياري، الذي يتم بناء على أمر قضائي استنادا إلى طلب الدائنين قصد استيفاء حقوقهم، أو بطلب من مالكي العقار في حالة استحالة قسمته عينا، والحكمة من تقرير البيع بالمزاد العلني جبرا عن صاحبه هو تحقيق مصلحة اقتصادية ببيع العقار بأعلى ثمن ممكن محافظة على الحقوق والرسوم، ومنع الشفعة يحقق هذا الغرض.

وسواء كان البيع بالمزاد العلني أمام القضاء أو أمام الإدارة فالشفعة لا تجوز في

---

[1]-الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08-06-1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 23-04-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

وحددت المادة 1062 منه تاريخ سريان القانون الجديد ب سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

وتلغي المادة 1064 منه قانون الإجراءات المدنية الساري المفعول 154/66 وذلك بمجرد سريان مفعول القانون الجديد.

الحالات التالية:

-البيع الذي يتم بالمزاد العلني جبرا أمام القضاء، وذلك بناء على طلب الدائنين المرتهنين أو أصحاب حقوق الامتياز الخاصة على العقارات لنزع ملكية عقار مدينهم وبيعه جبرا لاستفاء حقوقهم من ثمنه، فهذا البيع تم بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها قانون الإجراءات المدنية.

-بيع العقار الشائع لعدم إمكانية قسمته عينا طبقا لأحكام المادة 728 من القانون المدني.

-بيع الدولة لأملاكها الخاصة التي ألغي تخصيصها بعد أن أصبحت غير صالحة لمصالحها ومؤسساتها العمومية بناء على اقتراح من مدير الأملاك الوطنية وبإذن من الوالي فتباع هذه الأملاك بالمز اد العلني طبقا لأحكام المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 91-455 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها وبضبط كيفيات ذلك.

إلا انه أوردت المادة 54 من القانون التوجيه العقاري استثناء على ذلك حيث يحق للديوان الوطني للأراضي الفلاحية ممارسة حق الشفعة إذا لم نستغل الأراضي الفلاحية من طرف ملاكها استغلالا فعليا لموسمين متعاقبين على الأقل، وذلك تبعا للمرتبة المحددة لها في المادة 795 من القانون المدني.

-بيع أملاك القاصر العقارية بالمزاد العلني بعد استئذان القاضي المادة 89 من قانون الأسرة وبيع عقار المفلس، وعديم الأهلية والغائب، هذه جميعا بيوع عقارية تقع أمام القضاء أو أمام الإدارة لاستفاء ديون أو لتصفية عقار شائع مع إحاطة البيع بالضمانات الكافية[1].

-الحجز الإداري وبيع العقار المحجوز عليه لاستفاء الضرائب بمختلف أنواعها ويتم وفقا لإجراءات غالبا ما تقررها التشريعات الجبائية.

---

[1]-أنور طلبة، الشفعة والتحيل لإسقاطها، المرجع السابق، ص191 وما بعدها.

-مصطفى مجدي هرجة، المرجع السابق، ص98-99.

أما البيوع التي لا تتم وفقا لهذه الإجراءات المنصوص عليها قانونا فتجوز فيها الشفعة مثال ذلك:

-إذا قام المالك ببيع عقاره بالمزاد العلني وفقا لإجراءات استقل بوضعها بغية الحصول على أعلى ثمن، فهذا البيع اختياري، ومن ثم تجوز فيه الشفعة.

-وقد يحدث البيع العقاري عن طريق تقديم عطاءات في أظرفة مغلقة، فإن صفة العلانية لا تتوفر فيها، ولا يمكن اعتباره بيع بالمزاد العلني فتجوز فيه الشفعة[1].

ب-البيوع بين ذوي قرابة معينة: تنص الفقرة الثانية من 798 سالفة الذكر على عدم جواز الشفعة إذا وقع بين الأصول والفروع أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية»

وتمنع الشفعة في مثل هذه البيوع لاعتبارات شخصية فللبائع مصلحة في أن يؤول العقار إلى ذوي قرابة، ونعرض هذا المانع بالنسبة لمختلف الأقارب المذكورين في النص وذلك على التفصيل الآتي:

-**البيع بين الأصول والفروع:** تمنع الشفعة في البيع الذي يتم بين الأصول مهما علوا وبين الفروع مهما نزلوا (أيا كانت درجة القرابة بين البائع والمشتري)، كما لو باع الأب لابنه أو الجد لحفيده مهما نزل الفرع، أو الابن لأبيه الحفيد لجده مهما علا الأصل.

-**البيع بين الأزواج:** لا تجوز الشفعة بين الزوجين شريطة أن تكون العلاقة قائمة وقت البيع، فلا يعتد بالبيع السابق للعلاقة الزوجية أو اللاحق لانفصالهما.

-**البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة:** يقصد بالقرابة هنا قرابة الحواشي وهي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر، طبقا لنص لمادة 33 من القانون المدني، وبناء على ذلك لا تجوز الشفعة في بيع بين أخوين لأن قرابتهما من الدرجة الثانية، ولا بين العم وابن الأخ، أو بين الخال وابن الأخت، وبين الخالة وابن أخيها، حيث تكون القرابة من الدرجة الثالثة، ولا في البيع بين ابني عم ولا

---

[1]-أحمد خالدي، المرجع السابق، ص205.

ابني خال حيث تكون القرابة من الدرجة الرابعة[1].

ولكن لا يتوفر المانع في بيع يكون المشتري ابنا لابن عم البائع أو العكس إذ تكون القرابة بينهما من الدرجة الخامسة فيجوز الشفعة فيه.

ومد درجة القرابة إلى الدرجة الرابعة يعد توسعا من المشرع في التضييق من الشفعة.

-البيع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية : الأصهار هم أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة بالنسبة للزوج الآخر، فلا تجوز الشفعة في هذا البيع إلى غاية الدرجة الثانية، فأخو الزوجة أو أخو الزوج قريب من الدرجة الثانية، وأبوهما وأمهما قريبان من الدرجة الأولى، فإذا زادت درجة القرابة عن ذلك فإن الشفعة تجوز كأن يصدر بيع من الزوج لعمة الزوجة أو عم الزوجة وهو بيع بين الأصهار من الدرجة الثالثة.

أما كيفية حساب درجة القرابة فيكون بحسب ما جاء في نصوص القانون المدني المواد 32، 33، 34، 35.

ج-بيع عقار ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة:

شرع هذا المانع لغرض ديني وهو غرض العبادة المستهدف من وراء شراء العقار لإقامة محل عبادة جديد أو الإلحاق بمحل عبادة قائم دورة مياه أو مقصورة للإمام أو جناح يخصص للنساء، ولذا المشتري أولى بالعقار من الشفيع، ولا يقتصر الأمر في محل العبادة على الدين الإسلامي بل هو يتناول كل دين آخر من الديانات السماوية، فيشمل المنع من الشفعة كل دور العبادة كالمساجد والكنائس وغيرها من المعابد [2]. وإذا كان الشفيع يعلم أن البيع ذكر فيه أن العقار بيع ليكون محل للعبادة للتهرب من الشفعة، عندها يكون له أن يطلبها في مواعيدها ويثبت بكافة الطرق هذا التحايل.

---

[1]-المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 196675، مؤرخ في 29-3-2000، مجلة قضائية، عدد خاص، 2004، ص251

[2]-نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص449.

-عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في القوانين العربية، المرجع السابق، ص148-149.

ثالثا: الشفعة عند توالي البيوع:

تنص المادة 797 من القانون المدني على أنه «إذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني حسب الشروط التي اشترى بها».

تفترض هذه المادة عدة بيوع قد توالت على نفس العقار معنى ذلك أن المشتري قد تصرف في العقار إلى آخر ثم قام المشتري الثاني بالتصرف فيه لثالث وهكذا، ففي أي البيوع يأخذ الشفيع بالشفعة؟ للإجابة عن هذا السؤال ينبغي دراسة حالتين:

الحالة الأولى: بيع العقار قبل إبداء الرغبة في أخذه بالشفعة وشهر هذه الرغبة:

إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشترى أخرى قبل أن يتم شهر إعلان الرغبة الأخذ بالشفعة في البيع الأول وبحسب ما جاء في نص المادة 797 أعلاه يجب رفع دعوى الشفعة على المشتري الثاني وطلب الشفعة منه حسب شروط عقده، حيث لا يعتبر البيع الأول موجودا فلا تقبل دعوى الشفعة إذا رفعت على المشتري للأول وحده.

والسبب في ذلك أن كل تصرف يصدر من المشتري قبل شهر إعلان الرغبة في الشفعة يسري في حق الشفيع، وذلك بمفهوم المخالفة لنص المادة 806 من القانون المدني، وطالما أن البيع الثاني يسري في مواجهة الشفيع فمعنى، ذلك أن البيع الأول يكون قد فسخ لأن الشفيع لم يعلن رغبته فيه بالشفعة وعلى ذلك يجب على هذا الأخير أن يأخذ بالشفعة في البيع القائم فعلا والواقع على ملكية العقار ذاتها، وهو هنا البيع الثاني بمواعيده وشروطه[1].

أما إذا توافر مانع الأخذ بالشفعة في البيع الثاني، كأن يبيع المشتري الأول إلى

---

[1]-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص520.

-أنور طلبة، الوسيط في شهر القانون المدني، ص381-382.

زوجته أو أحد أقاربه أو أصهاره مما لا يجوز الأخذ منهم بالشفعة، فلا يمكن للشفيع أن يطالب بالشفعة في البيع الأول طالما أن البيع الثاني فسخ[1].

كما أن الشفيع إذا لم يكن قد وجه إليه الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 من القانون المدني وأراد أن يأخذ بالشفعة في البيع الثاني فيشرط في ذلك أن يكون هذا البيع مشهرا لأنه بالشهر يستطيع الشفيع أن يعلم بالبيع الثاني، أما إذا لم يشهر هذا البيع جاز للشفيع رفع دعوى الشفعة على المشتري الأول، أما إذا أنذر من المشتري الثاني فالدعوى ترفع على هذا الأخير.

الحالة الثانية: بيع العقار بعد إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة وشهرها:

نصت المادة 798 سالفة الذكر: «... قبل أن تعلن أن رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة...»، هذه الصياغة توحي بالتخير بين زمنين، بين زمن إعلان الرغبة وبين زمن شهرها، وحرف "أو" يفيد ذلك مع أنهما لا يقعان في وقت واحد فالشهر يكون لاحق لإعلان الرغبة، وليس من جائز الاحتجاج على المشتري الثاني بإعلان الرغبة المشهرة لكونه من الغير، وعليه فإن الزمن المعتبر لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثاني هو وقت شهر إعلان الرغبة.

واستعمال كلمة "شهر" بدل "تسجيل" هي الأنسب، لأن البيع العقاري في القانون الجزائري يمر بمرحلتين:

مرحلة التسجيل في مصلحة الضرائب لاقتطاع رسوم البيع، ومرحلة الشهر لإعلام الغير بالوضعية القانونية للعقار وانتقال الملكية من البائع إلى المشتري وتتم بالمحافظة العقارية فكان الأوفق أن يصاغ النص كالتالي «...ثم باعه قبل شهر رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة»

وعليه إذا ثبت أن البيع الثاني تم بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة، فإن هذا البيع لا يسري في حق الشفيع، فيأخذ بالشفعة في البيع الأول ويمضي في إجراءات الشفعة في

---

[1]–أحمد خالدي، المرجع السابق، ص146 وما بعدها.

مواجهة المشتري الأول إلى نهايتها، والشفيع إذا وجد أن شروط البيع الثاني أخف وأيسر من شروط البيع الأول،له أن يتنازل عن طلب الشفعة في هذا البيع ويتخذ إجراءات جديدة للشفعة بالنسبة للبيع الثاني بشروطه وفي مواعيده.

خلاصة القول أنه لاستحقاق الشخص الطبيعي الشفعة يستلزم أن تتوافر في شروط معينة، وإن اجتمعت في أكثر من شفيع لأسباب مختلفة، فإن الشفعة لا تثبت لجميعهم بل بحسب المراتب التي وضعها القانون لكل سبب منها، وخصص الشارع بالعقار لأنه أكثر المملوكات ضررا.

المطلب الثاني: شفعة الشخص الاعتباري.

لقد كان لسياسة الإقطاع أثار اجتماعية واقتصادية وسياسية سيئة انعكست سلبا على التنظيم القانوني للأراضي الفلاحية التابعة للدولة، الأمر الذي أدى إلى إصدار قوانين الإصلاح لتوسيع ملكية الدولة، فكان مؤتمر طرابلس لسنة 1963 وقانون التسير الذاتي في الفلاحة، وقانون الثورة الزراعية 1971، والميثاق الوطني ودستور 1976، كل جاء وفقا للنهج الاشتراكي المتبع آنذاك.

وأمام التغيرات الاقتصادية التي جاء بها دستور 1989 المعدل والمتمم بدستور 1996 الذي تبنى صراحة الملكية الخاصة التي جعل منها مبدأ دستوريا، فصدرت جملة من القوانين فشكلت نهجا جديدا في التنظيم القانوني للسياسة العقارية.

إلا أنه وأمام مبدأ تحرير السوق العقارية، احتفظت الدولة بإمكانية التدخل كلما اقتضت الضرورة من أجل المنفعة العمومية، و ذلك بطرق متعددة كالتأميم، الاستيلاء نزع الملكية والشفعة... إلى غير ذلك

ونخص دراستنا لمشكلة واحدة مازالت مطروحة إلى يومنا هذا، ويتعلق الأمر باستعمال الشفعة لفائدة الأشخاص الاعتبارية، ويتم ذلك في ثلاثة فروع على التوالي نخصص الأول لمن يثبت الحق، نكرس الثاني لكيفية الأخذ بها، ونبين في الثالث التصرف المشفوع فيه.

الفرع الأول: صفة الشفيع

تنص المادة 71 من القانون 25/90 المؤرخ في 18-11-1990 المعدل والمتمم بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25- 12- 1995 المتضمن التوجيه العقاري، على أنه "ينشأ حق الدولة و الجماعات المحلية في الشفعة بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية.

وتطبق حق الشفعة المذكور، مصالح وهيئات عمومية معينة تحدد عن طريق التنظيم.

ويمارس هذا الحق في المرتبة التي تسبق ما هو محدد في المادة 795 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المذكور أعلاه".

وأقر المشرع حق الشفعة بموجب المادة 52 من ذات القانون والتي جاء في فقرتها الأخيرة "في هذا الإطار، يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تتقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعا للرتبة المحددة في المادة 795...».

وأضافت المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 954/91 مؤرخ في 23-11-1991 يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها وبضبط كيفيات ذلك أنه «يمارس حق الشفعة، المقرر لفائدة الدولة، بموجب المادة 118 من قانون التسجيل والمادة 24 من القانون رقم 87-19 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987 والمادتين 62-71 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، المذكورين أعلاه، وفق الشروط وحسب الكيفيات المقررة بموجب الأحكام و/أو النصوص المتخذة لتطبيقها».

يتضح من هذه النصوص أن المشرع أعطى للدولة والجماعات المحلية حق ممارسة الشفعة بالنسبة للأراضي الفلاحية والأراضي العمرانية، كما لها أن تمارس الشفعة على كل الأملاك العقارية بموجب المادة 118 من قانون التسجيل(*).

(*)–لا يوجد نص ينظم ممارسة حق الشفعة من طرف الدولة عن طريق الهيئة العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري، بل هناك مشروع مرسوم فقط ما زال قيد الدراسة.

وعلى إثر ذلك ندرس كيفية استعمال هذا الحق في الأراضي الفلاحية ثم الأراضي العمرانية (العامرة، والقابلة للتعمير)، وأخيرا في الأملاك العقارية كل ضمن ثلاثة فروع على التوالي:

أولا: ممارسة الدولة لحق الشفعة في الأراضي الفلاحية

عرفت المادة 4 من قانون التوجيه العقاري الأراضي الفلاحية: «الأرض الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية في مفهوم هذا القانون هي كل أرض تنتج بتدخل الإنسان سنويا أو خلال عدة سنوات إنتاج يستهلكه البشر أو الحيوان أو يستهلك في الصناعة استهلاكا مباشرا أو بعد تحويله». وضبط كيفية استغلالها القانون رقم 19/87 المؤرخ في 8-12-1987[*]، ويتجلى استغلال هذه الأراضي بوضوح في المستثمرات الفلاحية، حيث تقوم الدولة بمنح هذه الأراضي للمنتجين في شكل حق انتفاع دائم بصفة جماعية وعلى الشيوع، وباعتبارها المالكة لحق الرقبة والمسؤولة عن المحافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي واستغلالها استغلالا أمثل، لذا تقوم بمراقبة شروط منح العقار الفلاحي وحق الانتفاع فيه، ومن أهم وسائل التدخل أو آليات الرقابة للدولة هي ممارسة حق الشفعة، فكيف يتم ذلك؟ نصت المادة 62 من قانون التوجيه العقاري: «تمارس الهيئة العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري حق الشفعة المنصوص عليه في المادة 24 من القانون رقم 19/87 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987 المذكورة أعلاه....» [1].

وتمارس هذه الهيئة حقها في الشفعة للحصول على الأراضي الفلاحية عن طريق مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تعرف بالديوان الوطني للأراضي الفلاحية المستحدث بموجب المرسوم التنفيذي رقم 87/96 المؤرخ في 24-02-1996[**]، الذي نص في مادته 05 على أنّه أداة تابعة للدولة يتصرف لحسابها في تنفيذ السياسة العقارية

---

[*]-يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.

[1]-بن رقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، ط1، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص184.

-الجيلالي عجة، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها، الجزائر، دار الخلدونية، 2005، ص213، 287.

[**]-يتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

الفلاحية، وعليه هو صاحب الحق في ممارسة الشفعة، الأمر الذي يجعله محل تفضيل على كل مشتر لأرض فلاحية فيحل محله، طبقا للمادة 52 من قانون التوجيه العقاري.

فيمارس الديوان هذا الحق في المرتبة الرابعة بعد صاحب حق الرقبة، والشريك في الشيوع وصاحب حق الانتفاع[1].

وتستند الدولة في ممارسة حق الشفعة إلى صفتها كمالك للرقبة، وعليه تراقب شروط منح العقار الفلاحي وحق الانتفاع فيه[*]، بحيث يمنع التأجير وترك الأرض بور، والاستغلال المباشر الجماعي (ولو أن الحصة يمكن التنازل عنها).

وتتداخل هذه الأخيرة عن طريق استعمال حق الشفعة وذلك في الحالات التالية:

-إسقاط حقوق الأعضاء بحكم قضائي أو رغبة أحدهم في التنازل عن الحق، ولمن يتم استخلافهم (نبقي حرية الاستخلاف لباقي الأعضاء).

-إسقاط حق الانتفاع وتجميع الملكية بموجب التعليمة الوزارية المشتركة رقم 7 المؤرخة في 15-7-2002، المتعلقة بالتنازل عن الحقوق العينية العقارية الممنوحة للمنتجين الفلاحيين بموجب القانون رقم 87-19، الموقعة من وزيري المالية والفلاحة، التي ذكرت بالشروط المتعلقة بالتنازل عن حق الانتفاع الدائم لما ضبطت كيفية ممارسة حق الشفعة من طرف الدولة، ألزمت الموثقين قبل تحرير عقد التنازل بإبلاغ مدير أملاك الدولة للولاية، لتمكينته من ممارسة حق الشفعة لفائدة الدولة، ومنحت لهذا الأخير أجل ثلاثين يوم تسري ابتداء من تاريخ إسلامه التبليغ من طرف الموثق لممارسة هذا الحق أو السماح بالتنازل.

---

[1]-أحمد خالد، المرجع السابق، ص108-109.

-Poul Haboult et Mourice Marchal, droit rural applique, To2, J.B ; Bailliere, Paris, 1977, P19.

[*] -وأمام صعوبة تحقيق الحق في التنازل عن حق الانتفاع من الناحية العملية والمزايدات السياسية حول موضوع العقار الفلاحي، تم اقتراح مشروع قانون استغلال الأراضي الفلاحية وخاصة بعد كلمة رئيس الجمهورية في الخطاب الذي ألقاه أمام الولاة في شهر ماي 2000 بأن الأراضي الفلاحية التابعة للدول لن تؤجر ولن تباع وإنما تمنح عن طريق الامتياز، المشروع التمهيدي بضبط استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الخاصة للدولة ويحدد حقوق المستثمرين أصحاب الامتياز وواجباتهم مارس 2008.

-وفاة أحد الأعضاء هنا ينتقل حق الانتفاع للورثة وعلى هؤلاء تعيين شخص آخر تتوفر فيه الشروط (فلاح، مستغل، مباشر...) وفي حالة عدم توافر هذه الشروط اللازمة تمارس الدولة حقها في الشفعة.

-في حالة البيع الجبري تتدخل الدولة (بما أن حق الانتفاع قابل للحجز وبتالي قابل البيع)، ويكون ذلك عن طريق البيع بالمزاد العلني وعلى المشاركين أن يتمتعوا بالشروط الواجب توافرها خاصة من يرسوا عليه المزاد طبقا للمادتين 9 و10 من القانون 19/87، وإلا تدخلت الدولة ومارست حق الأخذ بالشفعة[1].

ثانيا: ممارسة الدولة لحق الشفعة على الأراضي العمرانية

تعد السوق العقارية بنوعيها (العقار المبني والعقار غير المبني) شرطا من الشروط الأساسية للحصول على العقار، وقد جاء قانون التوجيه العقاري لتطبيق هذه السياسة، وتسمح الدولة والجماعات المحلية (الهيئات العمومية)، التدخل عن طريق خلق ميكانيزمات تسمح بتحقيق وتحديد الأهداف الوطنية في إطار استراتيجية العقار الحضري.

وأمام قوة الطلب على الأراضي العمرانية (العامرة والقابلة للتعمير) [*]، وقلة العرض وتلبيتها لمتطلبات سياسة التهيئة العمرانية من أجل الحصول على الأراضي ذات الطابع العمراني، لإنجاز وتشيد تجهيزات عمومية أو اجتماعية، تلجأ الدولة والجماعات المحلية إلى أدوات قانونية من بينها حق الشفعة الذي يعد اللجوء إليه أمر ضروري باعتباره طريق استثنائي إلى جانب نزع الملكية، حيث يمارس على كافة الأراضي العمرانية وبدون استثناء، وذلك بواسطة وكالات التسيير والتنظيم العقاري الحضري،

---

[1]-ليلى زروقي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، الجزائر، دار هومة، 2006، ص118 وما بعدها.

[*]-«الأراضي العامة: هي كل قطعة أرض يشغلها تجمع بنايات في مجالاتها الفضائية ومشتملات تجهيزاتها وأنشطتها ولو كانت هذه القطعة الأرضية غير مزودة بكل المرافق أو غير مبنية، أو مساحات خضراء أو حدائق أو تجمع بنايات» المادة 20 من قانون التوجيه العقاري.

«الأرض القابلة للتعمير: في مفهوم هذا القانون هي كل القطع الأرضية المخصصة للتعمير في أجال معينة بواسطة أدوات التهيئة والتعمير»، المادة 21 من قانون التوجيه العقاري.

المستحدث بموجب المرسوم التنفيذي رقم 405/90 المؤرخ في 22-12-1990 المحدد لقواعد وكالات محلية التسيير والتنظيم، وقد خص الجماعات المحلية دون الدولة بإنشاء الوكالات العقارية، في حين تبقى الدولة صاحب حق الأخذ بالشفعة، وتمارس مباشرة عن طريق مديريات أملاك الدولة في الولايات، وذلك في مرتبة سابقة على الشفعاء المذكورين في المادة 795 من القانون المدني[1].

وقد كرست المادة 71 من قانون التوجيه العقاري استثناء هاما على أحكام الشفعة، حيث أعطى هذا الحق إلى الدولة والجماعات المحلية، حتى ولو لم تكن مالكة للرقبة ولا للانتفاع وحتى لو لم تكن مالكة للعقار المشفوع فيه، كما أنها لا تمارس الشفعة إلا لتوافر الحاجة العامة فبمفهوم المخالفة إذا لم تكن هناك حاجة عامة تستدعي الأخذ بالشفعة لا يكون للدولة ممارستها، وإلا جاز للمشتري طلب إبطالها.

وقد تستفيد الدولة والجماعات المحلية من الأراضي التي تفقد طابعها الفلاحي تطبيقا لأدوات التعمير في تنمية النسيج العمراني وذلك باستعمال حق الاسترجاع الذي جاءت به المادة 53[*] وقرار الاسترجاع يتخذه الوالي بعد أخذ رأي المجلس الشعبي الولائي، وفي حالة الاسترجاع تمنح قطع أرض أخرى للمستفيدين، أو تعويضهم عن حق الانتفاع نقدا، تعويضا يكون منصفا قبلي وعادل، كما في حالة نزع الملكية المادة 20 من الدستور، وتتولى الدولة بيعها أو إنجاز مشاريع تنموية عليها.

ثالثا: ممارسة الدولة لحق الشفعة على كل الأملاك العقارية:

للدولة حق استعمال الشفعة على كل العقارات حسب ما ورد في المادة 118 من قانون التسجيل وتعميم فائدتها، فإن حق الشفعة موجود في عدة نصوص مختلفة:

1-استعمال الشفعة لفائدة الخزينة العمومية: تنص المادة 118 من قانون التسجيل على أنّه «تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات

---

[1]-إسماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، الجزائر، دار هومة، 2003، ص250-251.

-أحمد خالدي، المرجع السابق، ص105-109.

[*]-قانون 02/97 المؤرخ في 31-12-197، المتضمن قانون المالية، 1998.

أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو زبائن أو حق الإيجار أو الاستفادة من وعد بالإيجار على العقار كله أو جزء منه والذي ترى فيه بأن ثمن البيع غير كاف من دفع مبلغ هذا الثمن مزاد فيه العشر لذوي الحقوق، وذلك فضلا عن الدعوى المرفوعة أمام اللجنة المنصوص عليها في المواد من 102 إلى 106 من هذا القانون وخلال أجل عام واحد ابتداء من يوم تسجيل العقد أو التصريح، ويبلغ قرار استعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق إما بواسطة ورقة من العون المنفذ لكتابة الضبط أو بواسطة رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام يوجهها نائب مدير الضرائب للولاية التي توجد في نطاقها الأموال المذكورة».

هذه المادة تضمنت تأسيس الشفعة لفائدة الخزينة العامة للدولة، فبموجبها يحق للدولة أن تدفع ثمن البيع المصرح به في العقد المزاد عليه نسبة العشر، وتأخذ العقار أو المحل التجاري إذا كان الثمن المصرح به في العقد غير حقيقي، لكن هذه المادة بقيت مجمدة في قانون التسجيل إلى غاية 1994، حيث نشرت المديرية العامة للضرائب إعلان في الجرائد الوطنية جاء فيها على الخصوص «...لقد قررت الإدارة الجبائية تطبيق نص المادة 118)، ثم صدرت تعليمة عن المديرية العامة للضرائب تبين كيفيات تطبيق الشفعة الواردة في قانون التسجيل[1].

من الملاحظ أن نص المادة 118 واضح وواجب النّفاذ، لذا فصدور الإعلان في الجريدة الرسمية والتعليمة التي تنص على تقرير تطبيق القانون بعد 18 سنة يُعد مخالفا للقانون نصا وروحا. ويُمكن إرجاع عدم تطبيق هذا النص إلى صعوبة تطبيقه في الميدان لكثرة التصريحات غير الحقيقية، النّاجمة عن ارتفاع نسبة الضريبة على فوائض القيمة ورسوم التسجيل والشهر وأمام التصريح غير الحقيقي بسعر البيع تقوم مديرية الضرائب وباستعمالها حق الشفعة التي يمكن اعتبارها وسيلة عقابية إن صح التعبير بدفع نسبة 10% وتكسب العقار ثم تبيعه بالمزاد العلني، إلا أنه لا يمكن للخزينة أن تتحول إلى شفيع دائم، وعليه فكان يجب الانتباه إلى أسباب هذا الأمر والقيام بتخفيض نسبة الرسوم

[1]–علاوة بونغرارة، استعمال حق الشفعة لفائدة الخزينة العمومية، مجلة الموثق، ع4، نوفمبر –ديسمبر 2001، ص14

والضرائب وإجبار إيداع الثمن لدى الموثق، حتى يقبل الناس على التصريح الحقيقي لمبالغ المعاملات والحد من التعاقد العرفي، وتجنيب العدالة النزاعات القائمة في هذا الجانب.

2-الشفعة الممارسة من قبل الدولة على تصرفات الأجانب في ملكيتهم العقارية

يكون استعمال الشفعة اختياريا، غير أن المرسوم رقم 344/83 المتضمن لحرية المعاملات قد جعل من تدخل الدولة إجباريا، أي أنها ليس لها حرية الخيار في الحلول محل المشتري فهي مجبرة على التدخل التلقائي لشراء العقار من الأجنبي، ثم تتنازل لفائدة المواطن الذي يحتل العقار محل المعاملة، فهي همزة وصل لنقل الملكية العقارية من الأجنبي للمواطن الجزائري.

وتماشيا مع الإصلاحات المعلن عنها في قانون 25/90 صدرت تعليمة وزارية تحت رقم 172 بتاريخ 01-9-1991، وضعت حلا لاقتناء الدولة المباشر لجميع العقارات المراد التصرف فيها من قبل أصحابها الأجانب معلنة بذلك عن مبدأ جديد متمثل في حق حرية الأجانب في التصرف في ملكيتهم العقارية لمن يريدون، غير أن هذا المبدأ يرد عليه استثناء هام هو خضوع الأجانب لطلب الترخيص المسبق من الوالي من أجل التصرف في ملكيتهم.

وقررت التعليمة بأن تحديد ثمن العقار يكون على أساس القيمة التجارية في حالة رغبت الدولة في استعمال الشفعة لاكتساب العقار، ويتم تحديد هذه القيمة من قبل مصلحتي الأملاك الوطنية والضرائب، إذ بعد أن يتلقى مدير الضرائب إخطار الوالي بإجراء التقييم للعقار محل التصرف، يقوم في خلال خمسة أيام، بالتقرب من مصالح الأملاك الوطنية.

من أجل التشاور لتعيين الموظفين الذين تسند لهم مهمة التقييم على أن لا تتعدى مهمنهم عشرون (20) يوما من تاريخ التكليف.

وبعد التقييم يتم في مدة خمسة عشر يوما الموالية لإرسال تقرير بالمهمة المنجزة

إلى الوالي الذي تكون له سلطة التقدير في استعمال الشفعة على أن لا يتعدى رد الوالي على الطلب المقدم مدة أربعة اشهر[1].

إضافة إلى ما ذكر وتعميما لفائدة الشفعة فإن هذا الحق موجود في عدّة نصوص أخرى، نذكر منها:

-حق الشفعة المقرر في المادة 02/216 من قانون الصحة العمومية رقم 05/85 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 06-07 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والذي يقضي بحق الدولة في الشفعة إذا بيعت المحال التي تمارس فيها العبادات الاستشفائية الخاصة.

-حق الشفعة المقرر للعمال الأجراء في حالة التنازل عن المؤسسة في إطار عمليات الخوصصة، حيث أدرجت الشفعة ضمن الوسائل التي ينال بواسطتها العمال بعض حقوقهم، سواء تعلق الأمر ببيع أسهم في مؤسسات، أو تعلق ببيع كلي أو جزئي لأموال المؤسسة وملحقاتها المادتين 37 و46 من قانون الخوصصة.

-حق الشفعة المقرر للوكالة الوطنية للتنمية السياحية المستحدثة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 70/98 المؤرخ في 1998/2/21، وأسندت لها صلاحية المحافظة على مناطق التوسع السياحي وترفيتها لأجل الاستثمار.

وفي هذا الإطار ومن أجل تحقيق هذه الغاية، فإن الوكالة مخولة قانونا ممارسة حق الشفعة على كل عقار يكون موضوع تصرف إداري بعوض أو بدون عوض طبقا لأحكام المادة 04 من الأمر 62/66 المؤرخ في 1966/03/26 والمتعلق بالمناطق والأماكن السياحية.

وعلى إثر ذلك كيف تستعمل الدولة حقها في الأخذ بالشفعة؟

الفرع الثاني: كيفية الأخذ بالشفعة بالنسبة للشخص الاعتباري

رأينا فيما سبق أن جميع التصرفات المنصبة على الملكية العقارية الفلاحية منها

---

[1]-إسماعيل شامة، المرجع السابق، ص 68.

والحضرية تكون خاضعة لممارسة حق الشفعة من قبل الهيئات العمومية، عندما ترد على انتقال الملكية العقارية بعوض أي البيوع بمختلف أنواعها: منها ما تكون ذات طبيعة شبيهة بعقد البيع، كالبيع مقابل إيراد لمدى الحياة، والرهن المتعلق بوفاء عيني بدين مبادلة، والبيع بالمزاد العلني، ما لم يكن القانون قد أوجب ذلك البيع، ويتم ذلك بتوافر شروط معينة وتحت إجراءات خاصة.

أولا: شروط الأخذ بالشفعة عند الشخص الاعتباري

يتبين من أحكام القانون المدني والقانون رقم 19/87 أنّه لا يمكن ممارسة حق الشفعة إلا بتوافر شرطين:

أولها: وجود تنازل عن طريق البيع من أحد المستفيدين العمال المنتمين للقطاع الفلاحي، وبالتالي لا تجوز الشفعة في الهبة والوصية أو المقايضة أو انتقال الحصة عن طريق الميراث أو البيع بين الأصول أو الفروع، في حالة توفر صفة الفلاح فيهم.

ثانيهما: وجود شفيع وهو الدولة المالكة لحق الرقبة، وصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

وإن كانت المادة 795 من القانون المدني تدخل الشريك في الشيوع ضمن الأشخاص الذين لهم الحق في الشفعة، فإن المادة 2/9 من القانون 19/87 لا تجيز ذلك، إذ أنها لا تسمح للمستفيد الحصول على أكثر من حصة واحدة، ولا الانضمام إلى أكثر من جماعة واحدة.

ومع ذلك فقد ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك وتوسيعا منه لممارسة حق الشفعة أقر شفعة الجار في الأراضي الفلاحية محل التصرف، بموجب نص المادة 57 من قانون التوجيه العقاري الذي يقضي بأن «يمتد حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المذكور أعلاه إلى المجاورين في إطار أحكام المادة 55 أعلاه وبغية تحسين الهيكل العقاري».

ثانيا: إجراءات الأخذ بالشفعة عند الشخص الاعتباري:

تنص المادة 55 من القانون 90-25 على أنه: «تنجز المعاملات العقارية التي تنص على الأراضي الفلاحية في شكل عقود رسمية...».

وعليه وقبل أن يتم البائع والمشتري عقدهما في شكل رسمي، يكون كل منهما ملزما بتقديم تصريح على نيتهما بالتعاقد إلى كل من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية إذا كان العقار محل التصرف فلاحيا أو إلى الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري المختصة، إذا كان العقار حضريا.

ويتم التصريح بنية التصرف في شكل رسمي يتضمن هوية كل من البائع والمشتري، موقع ومساحة الأرض موضوع التصرف، والثمن المتفق عليه، ويتكفل الموثق بتحريره وتبليغه لمدير أملاك الدولة للولاية حتى يتمكن هذا الأخير من طلب ممارسة حق الشفعة لفائدة الدولة، وذلك بعد استشارة المديرين الولائيين المكلفين بالفلاحة والتعمير، وعليه أن يبلغ الموثق بالقرار المتخذ في أجل ثلاثين يوما(30)، ابتداء من تاريخ استلام التصريح، والموثق ملزم بأن يدرج الجواب الذي أفاده به مدير أملاك الدولة في هذا المجال[1].

وعلى الشفيع إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، إلى الموثق في أجل ثلاثين يوما، تبدأ من تاريخ الإعلان الذي يوجهه إليه الموثق، ويكون التصريح بالرغبة بعقد رسمي وإلا كان باطلا طبقا للمادة 801 من القانون المدني، وكما يجب على الهيئة المؤهلة لممارسة حق الشفعة باسم الدولة، أن تودع الثمن والمصاريف لدى الموثق محرر العقد، خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة ويكون الإيداع قبل رفع الدعوى[2].

وتجدر الإشارة إلى أنّه يمكن للهيئة المعنية أن تغير من الثمن المتفق عليه بين

---

[1]-التعليمة الوزارية المشتركة رقم 07 المؤرخة في 15 جويلية 2002.

[2]-Le droit de préemption lors de la vente d'un bien immobilier, www. aquadesigm. Be/news/ article-3632. php.

البائع والمشتري، وذلك خروجا على قواعد الشفعة الواردة في القانون المدني، وفقا للحالتين التاليتين:

1-قبول الهيئة المعنية بالثمن المحدد في التصريح بنية التصرف، وفي هذه الحالة ينعقد العقد بين البائع والهيئة المعنية بإبرامه في شكل رسمي.

2-قبول الهيئة المعنية للعرض مبدئيا، غير أنها تعرض ثمن أقل من المصرح به وفي هذه الحالة:

أ-إما أن يقبل البائع بالعرض فيعقد العقد، ويبقى على الأطراف إفراغه في عقد رسمي.

ب-وإنما أن يرفض البائع العرض، ويبقى على الهيئة العمومية أن تلجأ إلى القضاء لتحديد ثمن العقار المعروض[1].

فإن اعتمدت الهيئة العمومية الإجراءات المشار إليها، واحترمت الآجال، فإنه يترتب على ثبوت الحق في الشفعة والأخذ بها، انتقال ملكية حق الانتفاع إلى الدولة، وبذلك تحل محل المشتري في الحقوق والالتزامات المنصوص عليها في القانون رقم 19/87، وتصح الدولة بذلك مالكة للعقار ملكية تامة.

وفي حالة مخالفة البائع والمشتري أحكام الشفعة هو أن كل معاملة عقارية تمت على أراض فلاحية، ولم يتم فيها احترام التصريح بنية التصرف من قبل الأطراف المتعاقدة تكون باطلة وعديمة الأثر، تجاه الهيئة العمومية التي يمكنها طلب إبطال التصرف والحلول محل المشتري بأثر رجعي، على أن يدفع الثمن عادلا وفقا لأحكام المادة 56 من القانون التوجيه العقاري والتي تنص على أن:

«كل معاملة تمت بخرق أحكام المادة 55 أعلاه باطلة وعديمة الأثر، ويمكن في

---

[1]-وهو المعمول به في فرنسا:

-guide immobilier, Le droit de préemption, www. explorimmo. Com/guidprat/graph, P1.
-Le droit de préemption des commes, mis a four le 15/02/2007. www. Le particulier, Fr/Vdq/ lagement/ Lire, P2-4.

-أحمد خالدي، المرجع السابق، ص98-103.

هذه الحالة الموافقة على نقل الملكية الذي تحققه هذه المعاملة إلى الهيئة العمومية المؤهلة بدفع ثمن عادل».

الفرع الثالث: التصرف المشفوع فيه:

ينقسم العقار محل المطالبة بحق الشفعة إلى نوعين: العقار الفلاحي والعقار الحضري.

1-العقار الفلاحي[1]:

تكون الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة في شكل مستثمرات فلاحية وذلك لاستغلالها كقاعدة عامة جماعيا، لذا يجب التفريق بين الأراضي غير المبنية والأراضي المبنية.

أ-الأراضي غير المبنية: وهي جميع الأراضي العارية المخصصة للنشاط الفلاحي مهما كان صنفها أو طبيعتها، ونستثني من ذلك: كل أرض تم تغير طابعها الفلاحي قبل التصرف فيها حتى وإن استمر استغلالها في الفلاحة، وعادة ما تكون تلك الأراضي على ضفاف المناطق الحضرية، وكل أرض ملحقة مباشرة بعقار غير فلاحي كالحدائق والبساتين العائلية، وكل أرض مستعملة كمساحة غابية أو مخصصة لأجل استغلال المناجم والمقالع.

فهذه الاستثناءات لا يمكن ممارسة حق الشفعة فيها.

ب-الأراضي المبنية: هي كل أرض أقيم فوقها مبنى أو منشأة بقصد السكن أو ملحقاته وكل منشأة رصدت لخدمة عقار المستثمرة الفلاحية الجماعية، تلك التي لها أهمية بالغة في عملية استغلال الأرض، وفي حالة ما إذا عرضت المستثمرة الفلاحية للبيع فإن ذلك يشمل الأرض والمباني المتواجدة فوقها، فحق الشفعة يستعمل على كامل المستثمرة.

أما إذا تم عرض المباني منفصلة على الأرض، فيمكن ممارسة حق الشفعة على كل التجهيزات والمباني المعروضة للبيع، فيما عدا المباني المخصصة للسكن، والتي يكون التصرف فيها حرا، ولا يجوز ممارسة حق الشفعة فيها، إلا إذا تم عرضها للبيع

---

[1]-أحمد خالدي، المرجع السابق، ص105-106.

بمفردها.

2-العقار الحضري: كثيرا ما تكون الأراضي في المناطق الحضرية المبنية أو تكون ملحقة بالبناء، ونظرا لكثرة الطلب على الأراضي العمرانية وقلة العرض كما سلف الذكر فإن اللجوء إلى استعمال حق الأخذ بالشفعة يصبح ذا أهمية، لأنّه يمارس على جميع الأراضي العمرانية بدون استثناء، وذلك في مرتبة سابقة على الشفعاء المشار إليهم في المادة 795 من القانون المدني.

ويستعمل حق الشفعة بصفة أفضل إذا تم تحديد المناطق الخاضعة له، لعدم وجود التكافؤ بين العرض والطلب للأراضي العمرانية، ويمكن حصر هذه الأخيرة في: المناطق المتواجدة بوسط المراكز الحضرية ذات الموقع الاستراتيجية نظرا لحيوية النشاط الاجتماعي والاقتصادي بها، كذلك المناطق الواقعة على أطراف المدن فهي مناطق حساسة تستقطب اهتمام المتضاربين الذين يلجأون للاستثمار بشرائها، تحسبا للتوسع العمراني المرتقب[1].

يمكن ختام الشفعة بالنسبة للشخص الاعتباري بما لا تجب فيه هذه الأخيرة:

-البيع مقابل إيراد لمدى الحياة، إذا كان المقابل يتمثل كله أو جزؤه الأكبر في خدمات عينية.

-تقديم العقار كحصة في شركة.

-كل تصرف يتم على أساس التبرع، الهبة والقسمة.

-التنازل عن ملكية الرقبة لصاحب حق الانتفاع.

-نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية.

-إذا وقع البيع في الأسرة الواحدة بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

-إذا كان القصد من بيع العقار بناء محل للعبادة أو ملحقاله.

ونخلص مما سبق ذكره إلى أن الفرق بين الشفعة المرتبطة بالشخص الطبيعي،

---

[1]-إسماعيل شامة، المرجع السابق، ص249.

والشفعة المتعلقة بالشخص الاعتباري واضح ومن عدة جوانب:

فالأولى مقررة لحماية مصالح أشخاص القانون الخاص من دخول الأجنبي إلى الشيوع وإبقاء الملكية داخل العائلة الواحدة وتجميع شتات الملكية، وهؤلاء الاشخاص ليسوا بحاجة إلى تبرير رغبتهم في الحلول محل المشتري الأصلي.

أما الثانية فهي مقررة لفائدة الأشخاص العمومية فهي تمكنهم من التحكم في المعاملات العقارية وتفادي أي ارتفاع غير طبيعي في الأسعار، إلا أن العمل بها جد ضئيل لذا فهي تلعب دورا تهديديا وقائيا.

أما عن المنازعات بين الدولة والأفراد فتكون الشفعة من اختصاص القضاء العادي إن أسسها الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، لأنّه مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري وليس مؤسسة ذات طابع إداري.

أما إذا تأسست وكالة التسيير والتنظيم العقاري الحضري في ممارسة حق الشفعة فإن القضاء الإداري هو المختص، لأنها تنشأ على مستوى البلدية والولاية ولها طابع إداري.



الفصل الثاني:

إجراءات الشفعة وآثارها

إذا وقع بيع العقار الذي تجوز الشفعة فيه، وتوافرت شروط الأخذ بها، فقد يمتلك الشفيع العقار المشفوع فيه بأحد الأمرين:

إما بالتراضي متى سلم المشتري للشفيع بالشفعة، فيحل هذا الأخير محل المشتري في عملية البيع، ومتى حصل ذلك أبرم عقد البيع، وشرع في اتباع الإجراءات الناقلة لملكية العقار المشفوع فيه للشفيع.

وإما بحكم القضاء، وذلك باتباع إجراءات معينة ودقيقة باعتبار أن الشفعة تقوم على أساسها، حتى يصل إلى تملك المشفوع فيه بالشفعة.

وسواء أكان امتلاك العقار المشفوع فيه بالتراضي أو بالتقاضي، فعقد البيع الناشئ بين البائع والشفيع، تنتج عنه أثاره، فيكون بذلك الشفيع هو الدائن المباشر البائع بحقوق المشترى ومدينا مباشرا للبائع بالتزامات المشتري.

وتبعا لهذه المعطيات المقدمة، فقد قسمنا فصلنا هذا إلى مبحثين، نعالج في الأول منهما أهم الإجراءات المعمول بها في الأخذ بالشفعة، ونبين في الثاني آثار الشفعة في البيع العقاري.

المبحث الأول: إجراءات الأخذ بالشفعة

الشفعة رخصة يحق للشفيع استعمالها أو عدم استعمالها، فلا يكره عليها ولا تجوز إلا في العقار، وبتوافر شروط الأخذ بها، جاز للشفيع طلب أخذ العقار المشفوع فيه.

ومن الثابت شرعا وقانونا أن الشفعة تؤخذ إمّا بالتراضي [*]، إذا ما تنازل المشتري عن العقار المبيع لصالح الشفيع، فيحل هذا الأخير محله في عملية البيع دون الحاجة إلى اتخاذ إجراءات قضائية، وإمّا بالتقاضي إثر نشوب نزاع بين المشتري والشفيع حول أحقية كل منهما في تملك العقار المشفوع فيه، وفي هذه الحالة يتعين على الشفيع إتباع إجراءات معينة، حتى يصل إلى تملك العقار المبيع بالشفعة قضاء.

وقد راعى المشرع في وضعه لهذه الإجراءات، ما يمثله حق الشفعة كقيد على مبدأ سلطان الإرادة، يتضمن معنى نزع ملك المشتري جبرا عنه بحكم قضائي، لهذا يعتبر عقدا حلت فيه سلطة القضاء محل الإرادة.

لذا حددت هذه الإجراءات بصفة دقيقة، وبمواعيد قصيرة، حتى لا يظل المشتري مهددا في ملكه، وقد ترتب على عدم إنجازها في مواعيدها المحددة سقوط الحق في الشفعة.

هذا مجملا أما تفصيلا سنعرض لكل إجراء على حده ضمن مطلبين اثنين، نخصص الأول منهما للتصريح بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وإيداع الثمن لدى الموثق، وأما الثاني فقد ضمن دعوى الشفعة وثبوت الحق فيها.

---

[*]–مع أنّ نص المادة 799 وما بعدها من القانون المدني لم ترد فيه إشارة خاصة لهذا المعنى (التراضي).

المطلب الأول: التصريح بالرغبة وإيداع الثمن

نصت المادة 799 من القانون المدني: «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك».

نعلم أنّ الحق في الشفعة يثبت بالتراضي أو التقاضي، وكثيرا ما يؤخذ بهذا الطريق الأخير، لذا حدد له القانون بما يتماشى وما جاء في الشريعة الإسلامية، إجراءات خاصة وبمواعيد محدودة يجب احترامها، أول هذه الإجراءات هو ما يعرف بالإنذار، أو ما يطلق عليه البداية المحتملة لإجراءات الشفعة، الغاية منه هو إخبار الشفيع بوقوع البيع، وبداية سريان ميعاد الثلاثين يوم المقررة لسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، لذا سنحاول معرفة فحوى هذا الإنذار في الفرع الأول، ونبحث في الفرع الثاني التصريح بالرغبة، ثم نبين كيفية إيداع الثمن والمصاريف في الفرع الثالث.

الفرع الأول: الإنذار الرسمي

ذكر المشرع هذا الإجراء في نص المادة 799 من القانون المدني، ولم يحدد فيها شكلية معينة له، وهذا ما نستقرئه كذلك من قراءة نص المادة 800 من القانون المدني، حيث حددت البيانات الواجب ذكرها فيه تحت طائلة البطلان، إذ جاء فيها:
«يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلا:

-بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا.

-بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوما تبعا للإعلان المنصوص عليه في المادة 799...

وعليه، فإن إجراءات الشفعة تفتتح عادة بهذا الإنذار الرسمي [1]، الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع، ليبدي رغبته في الأخذ بالشفعة، عن طريق الإعلان الرسمي لكل من البائع والمشتري في أجل ثلاثون يوما من تاريخ الإنذار.

هذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية:

«المادة 799 من المقرر قانونا أنّه على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوم من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون.

لما كان من الثابت، في قضية الحال، أن كل من البائع والمشتري لم يوجها إنذارا إلى الطاعن، مما جعل حقه في الشفعة يظل قائما، ومن ثم فإنّ قضاة الموضوع برفضهم دعوى الطاعن الرامية إلى ممارسة حقه في الشفعة يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون»[2].

ويوجه الإنذار من البائع أو المشتري، وإذا وجهه أحدهما فهو يغني الآخر عن ذلك، وفي حالة تعدد الشفعاء، وجب أن يوجه الإنذار إلى كل واحد منهم، سواء أكانوا من طبقة واحدة أم من عدة طبقات، حيث قد يتخلى الشفعاء المتقدمون عن شفعتهم فيأخذها الشفيع المتأخر[3].

فما هي البيانات التي يشمل عليها الإنذار؟

لقد أجابت المادة 800 من القانون المدني، عن هذا التساؤل بوجوب شمول الإنذار على بيانات محددة هي:

---

[1]–الملحق رقم01.

[2]–قرار رقم: 64331، المؤرخ في 1990/04/30، المجلة القضائية، ع2، 1991، ص28.

[3]–فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، 1982، ص436.

أولا: بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا:

ويكون ذلك بتعيين العقار بصورة كافية نافية للجهالة، نقطة يجب الوقوف عندها، حيث تختلف عناصر التعيين باختلاف موقع العقار المعين[1]، أي يكون العقار واقع في منطقة ممسوحة أو غير ممسوحة، ريفيا كان أو حضريا.

1-تعيين العقارات في المناطق الممسوحة : أوضحت المادة 66 من المرسوم 76-63 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل بالمرسوم رقم 210/80 المؤرخ في 1980/09/13 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، العناصر الأساسية الواجب توافرها لتعيين العقارات الواقعة في المناطق الممسوحة وهي:

***تحديد طبيعة العقار**: لما له من أهمية بالغة لتعرضه للتعديلات، والتغيرات الخارجية.

***تحديد البلدية التي يقع فيها العقار** : بموجبه يمكن تحديد القيمة التجارية للعقار، الجهة المختصة في حالة وجود نزاع، وفي التعيين يجب مراعاة التقسيم الإقليمي للبلاد[2].

***رقم مخطط المسح**: فهو يعكس التمثيل البياني الإقليم البلدية، وكل التفاصيل المتعلقة بالمكان المسمى.

ضف إلى ذلك قسم مخطط المسح، ومحتوى وثائق مسح الأراضي بالنسبة العقود والوثائق الخاضعة لعملية الشهر، هذا بما يتماشى ونظام الشهر العيني.

2-تعيين العقارات في المناطق غير الممسوحة: وفقا للأحكام الانتقالية التي وضحها المشرع الجزائري، تحدد معالم تعيين العقارات الواقعة في المناطق غير

---

(1)-المواد من 21، 27، 66 إلى غاية 71، 114 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25-03-1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

(2)-القانون رقم 84-09 المؤرخ في 04-02-1984، المتعلق بالتنظيم الإقليمي للبلاد، الجريدة الرسمية، عدد خاص، ص139.

الممسوحة، التي تختلف باختلاف المناطق الريفية أو الحضرية.

***تعيين العقارات الريفية غير الممسوحة:** يكون ذلك بتبيين نوع العقار، موقعه، محتوياته، والعودة إلى المخططات النظامية المحتفظ بها لدى مصالح مسح الأراضي، والموجودة منذ الفترة الاستعمارية، وأحيانا توجد عقارات ريفية مساحتها غير محددة، الأمر الذي يستوجب إعداد مخطط من قبل خبير عقاري طبقا لنص المادة 703 من القانون المدني بنصها على: «لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما».

***تعيين المعقارات الحضرية غير الممسوحة :** العقارات الحضرية، بحسب ما جاء في نص المادة 21 من المرسوم رقم 63/76 العقارات المبنية، وغير المبنية والمرقمة بصفة نظامية، والواقعة في المناطق السكنية التابعة للبلديات التي يزيد عدد سكانها عن 2000نسمة، ضف إلى ذلك ذكر اسم البلدية، الشارع الواقعة فيه، الرقم، طبيعة العقار، ومساحته[1].

هذا في انتظار تعميم نظام الشهر العيني المحدث بموجب الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري عبر جميع التراب الوطني.

ثانيا: بيان الثمن الذي يبيع به العقار والمصاريف الرسمية:

ويقصد منه الثمن المصرح به في العقد، إضافة إلى المصاريف التي يتطلبها تحريره أي حقوق التسجيل، ومصاريف الشهر العقاري، أتعاب الموثق، الطوابع، والرسم على القيمة المضافة، وغيرها من المصاريف الواجبة الأداء.

وفيما يخص المصاريف الأخرى، فقد ذهب السنهوري إلى أنّه ليس من الواجب ذكرها، وتكون محل مطالبة على حدة، شريطة أن يقيم المشتري الدليل عليها، وفقا

---

[1]-خالد رامول، المحافظة العقارية كآلية الحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، 2001، ص69.

للقواعد المقررة الإثبات[1]. والمطالبة بها أثناء سير الدعوى لا يبطل الإنذار، كما لا يجوز الدفع بعدم قبولها.

ثالثا: بيان شروط العقار المشفوع فيه:

وهي الشروط الجوهرية التي يتوقف الشفيع أمامها ليقرر ما إذا كان سيأخذ بالشفعة أو يتركها، كونه سيلتزم بهذه الشروط إذا حل محل المشتري، فإن وجدت ولم يتضمنها الإنذار الرسمي، أدى ذلك إلى بطلانه، مثلا: احتواء عقد البيع على شرط واقف، أو شرط فاسخ... إلى غير ذلك من الشروط التي تجعل الشفيع يعيد النظر في الأخذ بالشفعة[2].

رابعا: بيان اسم كل من المشتري والبائع ولقبه ومهنته وموطنه:

وذلك بذكر الهوية الكاملة، حتى يتمكن الشفيع من إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إذا ما رغب في ذلك.

خامسا: يجب أن يكون الإنذار بإبداء الرغبة رسميا:

يجب أن يكون الإنذار رسميا، يتم على يد محضر قضائي، وذلك لأن الإخطار الشفوي أو البريدي (خطاب موصى عليه مع العلم بالوصول) غير كاف، لأننا بصدد بيع عقار، بموجب وثيقة رسمية، يتولاها ضابط عمومي محلف، تتسم أعماله بالطابع الرسمي[3]، ويضفي عليها القانون قوة السلطة العامة.

سادسا: يوجه الإنذار الرسمي إلى موطن الشفيع:

يوجه الإنذار الرسمي إلى الشفيع في مقرّ إقامته عادة، لا في المكان الذي يباشر فيه إدارة أعماله، المتعلقة بالتجارة أو الحرفة.

---

(1)–عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص626.

(2)–أنور طلبة، الشفعة والتحيل لإسقاطها، المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص313–314.

(3)–القانون رقم 91–03، المؤرخ في 1991/01/08ن المتضمن تنظيم مهنة المحضر، المادة 5 منه.

سابعا: ذكر أجل الثلاثين يوما:

وهي المدة إلى حددها المشرع للأخذ بالشفعة، من تاريخ هذا الإنذار الرسمي، وقد استقر قضاء المحكمة العليا هذا في قرارها الصادر في الملف رقم 64331 المؤرخ في 1990/04/30، والذي جاء في نصه مايلي: «المادة 799 من المقرر قانونا أنه على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن كلا من البائع والمشتري لم يوجها إنذارا إلى الطاعن مما جعل حقه في الشفعة يظل قائما، ومن ثم فإن قضاة الموضوع يرفضهم دعوى الطاعن الرامية إلى ممارسة حقه في الشفعة، يكونون قد أخطاوا في تطبيق القانون»[1].

فإذا لم يشتمل الإنذار الرسمي على بيان من البيانات المتقدمة، فإن هذا الأخير بعد باطلا، ولأن حساب المدة لا يبدأ إلا إذا كانت الإجراءات صحيحة [2]، فبطلان الإنذار لا يؤدي إلى سقوط حق الشفعة، إذا لم يعلن الشفيع رغبة فيها خلال المدة القانونية، ويحق له بمجرد علمه بوقوع البيع، أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة، بل يمكنه أن يتجاوز هذه المرحلة كذلك، إلى مرحلة إيداع الثمن ورفع الدعوى، وهنا تحل عريضة افتتاح دعوى الشفعة محل إعلان الرغبة في الأخذ بها.

الفرع الثاني: التصريح بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

تقضي الفقرة الأولى من نص المادة 801 قانون مدني بأنّه «يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلا ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا».

---

[1]–المجلة القضائية، ع2، 1991 ، ص28.

[2]–قرار رقم 33030، مؤرخ في 1985/10/02، المجلة القضائية، ع4، 1989، ص64.

لقد جعل القانون المدني من إعلان الشفيع للرغبة في الأخذ بالشفعة، إجراء جوهريا وجب المبادرة باتخاذه قبل رفع دعوى الشفعة، ومن استقراء الفقرة المذكورة أعلاه، نجد المشرع قد وضع شروطا محددة، حصرها في شكل الإعلان، والأشخاص الذين يوجه إليهم، والميعاد الذي يتم الإعلان فيه، وذلك على النحو التالي:

أولا: شكل إعلان الرغبة:

إعلان الرغبة يجب أن يكون بعقد رسمي [1]، أي عقد موثق مثبت للتصرف، يقوم الموثق بتحريره وإخضاعه للشكليات القانونية، يصرح الشفيع من خلاله أنّه يبدي رغبته المؤكدة في استعمال حق الشفعة، قصد شراء العقار، بغرض الحلول محل المشتري طبقا للثمن المصرح به في صلب العقد التوثيقي، مستندا في ذلك إلى البيانات الواردة في الإنذار الرسمي الذي وجه له من قبل البائع أو المشتري، كما يجب أن يعلن هذا العقد عن طريق كتابة الضبط بالمحكمة، وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 17-10-1982، إذ جاء فيه: «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوم من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويكون التصريح بالرغبة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط»[2].

وفي حالة ما إذا تم الإنذار أو لم يتم، إذ لم يسبق هذا الأخير الإعلان بالرغبة، فالشفيع له أن يستمد البيانات من الشهر العقاري إن كان العقد مسجلا، وفي حالة عدم تواجد الإنذار أو تسجيل سابق، فعليه أن يتقصى عن المعلومات اللازمة للإعلان بنفسه، وهنا لا يسقط حق الشفعة، كون أن الإنذار لم يعلن والعقد لم يسجل، وهي حالة نادرة الحصول، وإذا علم الشفيع بوقوع البيع من مصدر غير رسمي، فإنه يبقى محتفظا بحقه في الأخذ بالشفعة، إلى أن يصدر منه تنازل ولو ضمني، أو يعلن عن رغبته إلى

---

[1]-الملحق رقم02.

[2]-حمدي عمر باشا، القضاء العقاري، الجزائر، دار هومة، 2004، ص182.

-المجلة القضائية، ع4، 1990، ص47.

كل من البائع والمشتري[1].

وإعلان الرغبة الرسمي يكون بعقد توثيقي خاضع للتسجيل والشهر العقاري، وهو الذي تفتتح به إجراءات الأخذ بالشفعة.

ثانيا: الأشخاص الذين يوجه إليهم إعلان الرغبة:

جاء نص المادة 799 صريحا «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري...»، بمعنى أن إعلان الرغبة، يوجه إلى كل من البائع والمشتري معا، وإلا سقط الحق في الشفعة، فإذا أعلن البائع دون المشتري، أو أعلن البائع في الميعاد القانوني، والمشتري بعد فواته، عد الإعلان باطلا، ويفهم من هذا أنّه لا يلزم إعلان الرغبة لكل من البائع والمشتري في نفس الوقت، المهم إعلانهما خلال الميعاد المحدد قانونا، وجاز لمن وصله الإعلان متأخرا أن يتمسك بسقوط حق الشفيع في الشفعة، كونها حق لا يتجزأ.

أما إذا كان الإعلان ناقصا، فمن حق الشفيع أن يكمله بطلب لاحق ويعلن مضمون هذا الأخير إلى كل من البائع والمشتري في الميعاد القانوني.

والقاعدة ذاتها يمكن تطبيقها في حالة تعدد البائعين أو المشتريين، أو تعددهم معا فسقوط الشفعة بالنسبة للفرد الواحد، يسقطها بالنسبة للآخرين الذين أعلنوا إعلانا صحيحا.

ويجب على الشفيع إعلان رغبته إلى كل من البائعين والمشترين في موطنهم[2]، أي مكان الإقامة، وليس مكان العمل مهما كان (تجارة أو حرفة)، وفقا لنص المادة 36 (قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20/ /2005) من القانون المدني: «موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود مقر سكني يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن.

---

(1)-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص646.

-أنور العمروسي، الوافية في شرح القانون المدني، ج5، القاهرة، دار العدالة، ص638-639.

(2)-أنور طلبة، المرجع السابق، ص271-273.

ولا يجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن واحد في نفس الوقت».

نعلم أن الأخذ بالشفعة تصرف قانوني أحادي، أي يقوم به الشفيع بإرادته المنفردة، وبتكلمنا عن هذه الأخيرة نجد أنفسنا أمام نقطة الأهلية، أي الأهلية الواجب توافرها في الشفيع.

كما سبق القول الشفعة مصدر من مصادر اكتساب الملكية، والأخذ بها يعد من أعمال التصرف، فالأهلية الواجب توافرها هي أهلية التصرف لا أهلية الإدارة، وطبقا لنص المادة 40 من القانون المدني، على الشفيع أن يكون كامل أهلية (19 سنة كاملة) وغير محجور عليه، لمباشرة حقوقه المدنية، واتباع الإجراءات القانونية التي حددها المشرع عن طريق إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا، هل يجوز للقاصر أن يطالب بالشفعة؟

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة، على أن الصغير له حق المطالبة بالشفعة، ويطلبها وليه، فإذا أخذ هذا الأخير بها، لم يملك الصغير نقضها بعد البلوغ، مراعاة لمصلحته[1].

أما في القانون المدني، لم يرد ذكر هذه الحالة، فهل يحق لوالد القاصر أو المحجور عليه، الأخذ بالشفعة دون أن يستأذن القاضي في ذلك؟

حالات استئذان القاضي ذكرت على سبيل الحصر في نص المادة 88 من قانون الأسرة[2]، أضف إلى ذلك أنّ الشفعة تزيد من الذمة المالية للقاصر، فهي إثراء وليس افتقار، فالأب والأم من بعده، أحرص الناس على مصلحة الابن القاصر[3].

ويرى السنهوري في هذه النقطة: أن القاصر أو المحجور عليه، لوليه أو وصيه طلب أو إعلان الرغبة في الشفعة بدلا عنه، بإذن أو بدون إذن المحكمة، لأنّه عمل من

---

[1]–الخواص الشيخ العقاد، الشفعة في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984، مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، بيروت، دار ومكتبة الهلال، 1993، ص102 وما بعدها.

[2]–القانون رقم 84–11 المتضمن قانون الأسرة.

[3]–لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، مجلة الموثق، ع7، 1999، ص36.

أعمال الإثراء لا الافتقار، وهو الرأي الراجح من حيث المنطق.

وتجدر الإشارة كذلك، إلى الحالة التي يوكل الشفيع فيها شخصا للأخذ بالشفعة بدلا منه وهنا نفرق بين الوكالة العامة والوكالة الخاصة، فإذا فوض الشفيع شخصا بمقتضى عقد وكالة عامة (لا تخصيص فيها لنوع العمل القانوني) لم يخصص فيها للوكيل الأخذ بالشفعة فلا يجوز لهذا الأخير إبداء رغبته فيها، نيابة عن الموكل (الشفيع)، كون أن هذا العقد، لا يخول للوكيل القيام أو تنفيذ إلا بعض العقود الإدارية كما ورد في المادة 573 من القانون المدني.

وبما أن الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة، فالأخذ بها يتطلب وكالة خاصة، يخصص أو يحدد بموجبها الشفيع صراحة حلول الوكيل محله في اتخاذ كافة الإجراءات المتعلقة بالشفعة، زيادة على ذلك يتعين عليه (الشفيع) ذكر البيانات التي يتطلبها القانون في العقار المشفوع فيه، لأنّ الوكيل يحل محل الشفيع في اكتساب الملكية بدل المشتري في بيع العقار، حسب نص المادة 572 من القانون المدني.

ثالثا: الميعاد القانوني لإعلان الرغبة

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد الوقت الواجب إعلان الرغبة فيه، إذ نجد أن جمهور الفقهاء المشكل من الأئمة: الشافعي، أبو حنيفة، ابن حنبل، قد اشترطوا المبادرة في المطالبة بالشفعة، أي أن حق الشفعة على الفور، لأنّه خيار لدفع الضرر عن المال، معتمدين على قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «الشفعة كحل العقال»، وفي لفظ أنّه قال -عليه الصلاة والسلام-: «الشفعة كنشطة العقال إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها»، مناطهم في ذلك، أن ثبوت الشفعة على التراخي يضر بالمشتري لعدم استقرار ملكه[1].

---

[1] -البابرني، المرجع السابق، ص420.

-أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص144-146.

-ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص336.

أما رأي الإمام مالك فهو مخالف للجمهور، في اشتراط الفورية في طلب الشفعة، فلو سكت الشفيع بلا مانع سنة كاملة، بعد عقد البيع، أو غاب ثم عاد أثناء السنة، وطلب الشفعة أخذها، لأن السكوت عند الإمام مالك، لا يبطل حق امرئ ما لم يظهر من القرائن ما يدل على إسقاطه، معنى ذلك أن طلب الشفيع للشفعة، أو إعلان رغبته، في إعلانها يكون على التراخي لمدة سنة[1].

ومن الثابت قانونا، أنّه يجوز إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ولو قبل إنذار الشفيع بوقوع البيع، وباستقراء نص المادة 799 من القانون المدني، نجدها تقيد حرية الشفيع في إعلان رغبته بحصرها للميعاد، حيث تحدد أجل ثلاثين يوما للشفيع لإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، وهذا من تاريخ الإنذار الذي يوجهه له البائع أو المشتري، بعد إبرام عقد البيع، فبتحديدها لهذا الأجل القصير، تكون قد نحت منحى جمهور الفقهاء في اعتماد واشتراط الفورية في إعلان الشفيع لرغبته في المطالبة بالشفعة.

سبق القول أن الإنذار قد يتم أو لا يتم، فإذا لم يحصل الإنذار الرسمي وسجل البيع، فلا يستطيع الشفيع إعلان رغبته إلا في خلال سنة من يوم تسجيل عقد البيع، وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة 807 من القانون المدني «لا يمارس حق الشفعة... إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع، في الأحوال التي نص عليها القانون»، أما إذا لم ينذر الشفيع ولم يسجل عقد البيع، فله إعلان رغبته، طالما أن الشفعة لم تسقط بالتقادم وهي تسقط بمضي خمسة عشرة سنة من يوم إتمام عقد البيع[2].

ونتطرق لهذه الحالات فيمايلي:

1-حالة إنذار الشفيع بوقوع البيع:

إذا قام البائع أو المشتري بإنذار الشفيع، وتسلم هذا الأخير أو وكيله الإنذار الرسمي على النحو السالف بيانه، وأراد أن يأخذ بالشفعة، فعليه أن يعلن رغبته في ذلك إلى كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الرسمي، وإلا سقط

---

[1]-الباجي، المرجع السابق، ص209-211.

[2]-عبد المنعم فرج الصده، الملكية في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص161-162.

حقه في الشفعة، وفقا للمادة 799 من القانون المدني، وعن احتساب ميعاد إعلان الرغبة، فيبدأ من تاريخ تسليم الإنذار إلى الشفيع أو إلى من يمثله على يد المحضر القضائي، وهذا حسم لما يمكن أن يثار من منازعات حول واقعة العلم بالبيع.

أما كيفية حساب ميعاد الثلاثين يوما يكون وفقا لما تقضي به قواعد قانون الإجراءات المدنية، الذي يوجب أن تكون المواعيد كاملة غير منقوصة، فلا يحسب فيها يوم بدايتها ولا يوم نهايتها، ومعنى ذلك أن مدة الثلاثين يوما تبدأ من اليوم الثاني لتبليغ الإنذار، وتنتهي في اليوم الذي يلي اليوم الأخير، وإذا صادق آخر الميعاد يوم عطلة، امتد إلى أول يوم عمل يليه.

كما تعد من أيام العطل الرسمية، أيام الراحة الأسبوعية، والأعياد الرسمية (أعياد الوطنية والدينية)، وفقا لأحكام المادتين 463 و464 من قانون الإجراءات المدنية وينبغي أن يضاف إلى الميعاد المتقدم، مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك، إذا كان موطن البائع أو المشتري بعيدا.

ويلاحظ أن الميعاد المنصوص عليه في المادة 799 من القانون المدني، يعد من مواعيد السقوط، وليس من مواعيد التقادم، بحيث لا يرد عليه الوقف ولا الانقطاع[1].

2-حالة عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع:

بالتعرض لهذه الحالة نجد أنفسنا أمام فرضيتين، الأولى إذا لم ينذر الشفيع بوقوع البيع وكان العقد مسجلا، أما الثانية، إذا لم ينذر الشفيع بوقوع البيع وكان العقد غير مسجل.

***حالة عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع وكان العقد مسجلا:** نصّت الفقرة الثانية من المادة 807 من القانون المدني على أنه «لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية... إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون»،

---

[1]-رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص261-262.

-عبد المنعم فرح الصدة، حق الملكية، المرجع السابق، ص480.

معنى هذا النص إذا لم يقم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع إنذارا رسميا وصحيحا بوقوع البيع، وكان المشتري قد سجل عقد البيع في الشهر العقاري، يفتح الشفيع أجلا جديدا يبدأ من تاريخ تسجيل عقد البيع، كون أنّ مهمة التسجيل هي الإشهار، ضف إلى ذلك دور هذا الأخير في إعلام الغير حول الوضعية القانونية لعقار ما، لذلك اعتبر المشرع التسجيل وسيلة كافية وقاطعة لإعلام الشفيع بالبيع، فهو يفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس، بما أن الشفيع قد علم بوقوع البيع بعد لحظة التسجيل، فلا يمكن للشفيع أن يتدرع بعدم علمه بالبيع رغم التسجيل، فعلى الشفيع أن يبادر إلى إعلان رغبته خلال سنة من وقت التسجيل، وإلا سقط حقه في الشفعة.

ولأن الشفعة حق استثنائي، من شأنه أن يخل بحق المالك في التصرف في ملكه لمن يريد، الأمر الذي قد يؤدي بالمشتري اللجوء إلى الغش والخداع، ذلك بإخفائه الصفقة عن الشفيع، أو تجزئة العقار المبيع، وغيرها من الحيل التي يستعملها لإسقاط حق الشفيع في الشفعة، إلاّ أنّه توجد قاعدة رسمية يلتزم بها القضاء، رغم عدم وجود نص قانوني يتضمنها، مفادها، أن الغش يبطل التصرفات والإجراءات وكل عمل يقترفه الخصم[1]، ولذلك ورغم التسجيل وشهر عقد البيع، يظل الحق قائما، حينئذ يجب على الشفيع مباشرة الإجراءات اللازمة للأخذ بالشفعة.

كما أن الثابت في اجتهاد المحكمة العليا حول تطبيق المادة 799 من القانون المدني، التي أوجبت توجيه الإنذار من البائع أو المشتري إلى الشفيع الإعلان عن رغبته في الأخذ بالشفعة أو ترك في أجل ثلاثين يوما وإلا سقط حقه، وبمفهوم المخالفة أنه في حالة عدم توجيه الإنذار المنصوص عليه في نص المادة 799 فإن الأجل يبقى مفتوحا في هذا الشأن[2].

---

[1]–أنور طلبة، المرجع السابق، ص554 وما بعدها.

[2]–القرار رقم 34.707، المؤرخ في 26–06–1985، المجلة القضائية، ع4، 1989، ص61.

–القرار رقم 33.030، المؤرخ في 10/02–1985، المجلة القضائية، ع4، 1989، ص64.

–قرار رقم 263.339 ، مؤرخ في 09–10–2002 ، غير منشور، مشار إليه لدى أحمد الخالدي، مرجع سابق، ص216.

إن ميعاد السنة، يسري من اليوم الموالي لليوم الذي وقع فيه تسجيل عقد البيع، فالمواعيد تحتسب كاملة، وإذا صادف آخر الميعاد يوم عطلة، امتد إلى أول يوم عمل يليه طيقا لأحكام المادة 463 من قانون الإجراءات المدنية، وتحتسب مدة السقوط بالتقويم الميلادي، طبقا للقاعد العامة الواردة في المادة 3 من القانون المدني ويقع عبء إثبات استعمال رخصة الشفعة خلال السنة من يوم تسجيل عقد البيع على عاتق الشفيع، ولكن إذا ثبت أن هذا الأخير قد استعمل حقه في الآجال المحددة، ولكنه أخطأ في بعض البيانات، خطأ لم يكن من شأنه أن يوقع المشتري في لبس، فتصحيحه لهذا الخطأ، لا يعد طلبا جديدا وفقا للفقرة الرابعة من المادة 462 من قانون الإجراءات المدنية.

يتضح مما تقدم أنّ المشرع قد رتب جزاء عن التأخر في المطالبة بالشفعة، بفوات ميعاد الثلاثين يوما دون إعلان الرغبة، وهو سقوط الحق في الشفعة، ورتب البطلان على الإعلان الذي يكون في شكل غير رسمي، ولا يعلن عن طريق كتابة الضبط.

أما جمهور الفقهاء -عدا مالك- اعتبروا التأخر وعدم المبادرة والفورية في طلب الشفعة تراخيا، ينجم عنه سقوط حق الشفيع في الشفعة، أما الإمام ملك، فاعتبر فوات أجل السنة دون إعلان الرغبة ودون وجود مانع، سببا في سقوط الحق في الأخذ بالشفعة[1].

بما أن سقوط الحق فيها لمخالفة المواعيد المحددة، متعلق بالنظام العام، فيجوز الدفع به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، إذا لم يقع التمسك به، أو تنازل عنه صاحب الحق فيه[2].

ب-حالة عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع وكان العقد غير مسجل:

يعد الإنذار البداية المحتملة لإجراءات الشفعة، إلاّ أنّه قد لا يقوم البائع

---

[1]-أحمد خالدي، المرجع السابق، ص196-197.

[2]-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج9، ص644.

-حسن كبير، الموجز في أحكام القانون المدني، المرجع السابق، ص614.

أو المشتري بإنذار الشفيع بوقوع البيع، ولا يسجل عقد البيع، فلا يسقط حق الشفعة، ويجد الشفع نفسه أمام مواعيد مفتوحة، أي لا يتقيد بميعاد الثلاثين يوما ولا ميعاد السنة، وله أن يعلن رغبته في أي وقت إذا لا يوجد في القانون المدني ميعاد لإعلان الرغبة من تاريخ العلم بالبيع، ويبقى محتفظا بهذا الحق وفقا للقواعد العامة، أي سقوط الحق بانقضاء مدة خمسة عشرة سنة، من تاريخ وقوع البيع المشفوع فيه، إلا إذا ثبت يقينا تنازله عن حقه في طلب الشفعة صراحة أو ضمنا.

إلاّ أننا نجد أن هذه الحالة تعد نادرة الوجود حاليا، أمام الإصلاحات الجديدة المتعلقة بالعقارات (الملكية والنظام العقاري).

الجدير بالذكر أن كل هذه الجزاءات، تبنى على أساس قانوني واحد وهو التصريح بالرغبة، لدى اشتراط المشرع أن يكون في شكل رسمي، أي بعقد رسمي مسجل.

3-تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة:

باستقراء الفقرة الأولى من المادة 801 من القانون المدني والتي تنص على مايلي: «يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلا، ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا».

ومعنى المادة أن التصريح الذي يتقدم به الشفيع ليعبر عن رغبته في أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة، يجب أن يكون بعقد رسمي، أي يتولى تحريره موثق مؤهل قانون (القانون رقم 27/88 المؤرخ في 1988/07/12) الذي يتضمن تنظيم التوثيق)، زيادة على ذلك تسجيله وشهره وفقا لنص المادة 06 من القانون 27/88 بنصها على أنّ «يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها لإيداع ويسهر على إعلانها ونشرها في الآجال المحددة»، ويجب أن يعلن هذا العقد المتضمن الرغبة في الشفعة بغية الحلول محل المشتري عن طريق كتابة الضبط، هذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 17-10-1982 إذ جاء فيه: «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن

رغبته إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوم من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويكون التصريح بالرغبة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط»[1].

إن الرسمية بالنسبة لإعلان الرغبة هي إجراء جوهري لصحة إجراءات طلب الشفعة قررت لجعل هذا الإعلان حجة على الغير، فتسجيل هذه الأخيرة شرع لحماية مصلحة الشفيع من خطر تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه، وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا بموجب قرارها الصادر في 1991/12/24 إذ نص على أنّه «إذا كان مؤدى نص المادة 801 من القانون المدني أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة وإشهاره، وأنّه في حالة تخلف هذا الشرط، فلا يحتج به تجاه الغير بما فيهم المدعى عليهم في الطعن»[2].

ويكون التسجيل بمكتب الشهر العقاري التابع لموقع العقار المشفوع فيه، والمشرع لم يحدد أجل معين لتسجيل إعلان الرغبة، فيمكن إجراءه حتى بعد رفع دعوى الشفعة، لكن كلما تأخر الشفيع في ذاك عرض نفسه لخطر تصرفات المشتري والأكثرها شيوعا، وهي حالة تولي البيوع.

فإذا باع المشتري العقار المشفوع فيه، قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة إلى مشتريان، فيكون هذا البيع نافذا في حق الشفيع، طبقا لأحكام المادة 797 من القانون المدني التي تنص على أنّه: «إذا اشترى شخص عقار تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأحد بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها».

معنى ذلك أنّه على الشفيع أن يوجه إعلانه إلى المشتري الأول بصفته بائعا في البيع الثاني وإلى المشتري الثاني بصفته مشتريا منه، شريطة أن يكون البيع مما تجوز

---

[1]–النشرة القضائية، ع1، 1985، ص89.

–قرار رقم 194391، المؤرخ في 31–05–2000، المجلة القضائية، عدد خاص، 2004، ص233.

[2]–قرار رقم 76678، المؤرخ في 24–12–1991، مجلة قضائية، ع1، 1993، ص69.

الشفعة فيه، أي لا يوجد أي مانع قانوني من الأخذ بالشفعة[1].

أما إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه، بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى مشتر ثان، فإن البيع الثاني لا ينفذ في حق الشفيع الذي سجل وأشهر إعلان رغبته، وبهذا الأخير أصبح الإعلان المسجل حجة ضد الغير.

من خلال كل ما تقدم، نلاحظ أن المشرع الجزائري وافق جمهور الفقهاء في وجوب فورية إعلان الرغبة، بتحديده لأجل الثلاثين يوما، والذي يعد أجلا قصيرا لإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة.

الفرع الثالث: إيداع الثمن لدى الموثق

بعد انتهاء الإجراء الأول من إجراءات الشفعة وهو إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بها، يأتي الإجراء الثاني وهو إيداع الثمن لدى الموثق، إجراء أوجبه المشرع للمحافظة على حقوق ذوي المصلحة، وضمانا لجدية الأخذ بالشفعة، والتضييق منها، لذا فهو يعد عاملا آخر لتقييد حرية الشفيع، نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 801 من القانون المدني التي جاء فيها «يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يد الموثق خلال ثلاثين يوم على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة».

ومفاد هذا النص يمكن شرحه في ثلاث نقاط: الثمن والمصاريف المودعة لدى الخزينة العمومية، ثم المدة التي يجب فيها إيداع الثمن، وأخيرا الجزاء المترتب عن تخلف هذا الإجراء.

أولا: إيداع الثمن والمصاريف لدى الخزينة العمومية:

للعلم أن هذا المبلغ يضمن ديون الخزينة العمومية وحقوق الدائنين، كما سنبين

---

[1]–أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج3، 1993، ص380 وما بعدها.

–نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص97 وما بعدها.

لاحقا.

لقد أوجب المشرع إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يد الموثق الكائن مقره بدائرة وجود العقار المشفوع فيه، والمقصود بالثمن هو ثمن بيع العقار، أما المصاريف فهي التي يقتضيها تحرير العقد، كرسوم توثيق عقد البيع، ورسوم تسجيله وشهره بالمحافظة العقارية، ورسوم استخراج الشهادات العقارية والتوثيقية، ورسوم معانية العقار المشفوع فيه إن وجدت[1].

وبناء على ذلك يجب على الشفيع، أن يودع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق الذي ورد ذكره في عقد البيع، ويمكن للشفيع أن يعلم بهذا الثمن من الإنذار الرسمي الذي يوجه إليه من البائع والمشتري، أو من سجلات الشهر العقاري في حالة عدم وصول أو توجيه الإنذار إليه.

إلاّ أنّه في هذه النقطة نجد الأستاذ ملزي عبد الرحمن يرى: أن مسألة تحديد الموثق الذي يتم لديه إيداع الثمن والمصاريف، جاء المشرع غامضا بشأنها، الأمر الذي يوجب تفسير الغموض لصالح الشفيع، أي لهذا الأخير اختيار الموثق [2]. وكذا أن البيع لن يتم بين البائع والشفيع، أو بين المشتري والشفيع، وليسنا أمام بيع رضائي، يتفق فيه الطرفان على كيفية تسديد الثمن، بل أمام حالة استثنائية يعتبر الموثق فيها همزة وصل بين الأطراف لا غير.

ونحن نميل إلى الرأي الثاني لما فيه من منطق ورجاحة فكر.

كما أشير إلى نقطة هامة متداولة بين المتعاقدين، وهي أنهم يقومون بالتقليل من الثمن المصرح به في صلب العقد، أي أن هذا الأخير لا يعبر عن القيمة الحقيقية للعقار المبيع، هروبا من أعباء الضريبة، وحقوق التسجيل، ورسوم الشهر العقاري، الأمر الذي يثير مسألة صورية الثمن، فمبدئيا الشفيع يأخذ بالظاهر إلى أن يثبت العكس

---

[1]–لعروم مصطفى، مجلة الموثق، ع7، جويلية 1999، ص37.

[2]–محاضرات الأستاذ ملزي عبد الرحمن، القانون المدني، مديرية الدراسات، التكوين المتخصص في العقار، المعهد الوطني للقضاء، 2003، ص158.

وحينها يرجع المشتري إلى البائع للمطالبة بالمبالغ التي لجأ إلى إخفائها، والمحكمة لا تستجيب إلى طلب المشتري، باعتباره شريكا مع البائع في إخفاء جزء من ثمن البيع، وذلك استنادا للقاعدة «لا يجوز الإثم أن يؤسس دعواه على إثمه».

لكن قد يقع أحيانا أن يكون الثمن المذكور في العقد مبالغا فيه بقصد إعجاز الشفيع من الأخذ بالشفعة، جاز له عندئذ أن يثبت الثمن الحقيقي بكافة الطرق، فإن نجح التزم بهذا الأخير الذي أقام الدليل عليه، وله أن يسترد الفارق، فإذا عجز عن ذلك سقط حقه في الأخذ بالشفعة[1].

كما أن الشفيع ملزم بإيداع الثمن الحقيقي كاملا والمصاريف، حتى ولو وجد في العقد اتفاق على تأجيله أو تقسيطه، كون أن إيداع الثمن كاملا أوجبه المشرع.

وبتكلمنا عن الإيداع لا يفوتني ذكر التعديل الوارد على أحكام المادة 256 من الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل، الذي جاءت به المادة 23 من القانون رقم 02/97 المؤرخ في 31-12-1997 المتضمن قانون المالية لسنة 1998، حيث أوردت في فقرتها الأولى:

«إن خمس (1/5) ثمن نقل الملكية في جميع العقود الموثقة المتضمنة نقل الملكية لقاء عوض لكامل الملكية أو لمكلية الرقبة أو حق الانتفاع لعقارات أو حقوق عقارية وكذلك لمحلات تجارية أو الزبائن يجب أن تدفع لزوما بمرأى وبين يد الموثق محرر العقد».

اعتقد أن هذه المادة لا يمكن تطبيقها، لأننا لسنا بصدد بيع رضائي اتفق أطرافه على تفاصيله وكيفية التسديد، فلا توجد أي علاقة تعاقدية تربط الشفيع مع البائع، فالشفيع أمام واقعة قانونية أباحت له استعمال حق كلفه له القانون.

إذا فمجال تطبيق هذا النص يكون عندما تثبت الشفعة بحكم قضائي أو بالتراضي، وقبل ذلك فنص المادة 01/801 من القانون المدني هو الواجب التطبيق.

---

[1]-نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص109 وما بعدها.

-مصطفى مجدي هرجه، المرجع السابق، ص146 وما بعدها.

وتأكيدا على ذلك رتب المشرع على عدم إيداع كامل الثمن والمصاريف خلال الأجل المحدد لسقوط الحق في الأخذ بالشفعة، وجعل منه شرطا أساسيا لقبول رفع دعوى الشفعة، فهو شرط لا يمكن إعفاء الشفيع منه، كونه مقرر لمصلحة من يكون له الحق في الثمن المودع بعد ثبوت الحق في الشفعة بحكم نهائي، وقد قضت المحكمة العليا بأنّه «يجب أن يتم إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، وإلا سقط الحق فيها.

ولما ثبت –في قضية الحال– أن الإجراء الخاص بإيداع ثمن البيع والمصاريف، لم يتم في الأجل على الوجه المذكور أعلاه، فإن تمسك المطعون ضده بحق الشفعة جاء في غير محله، وينجر عنه نقض القرار القاضي بإثبات حقه فيها[1].

ثانيا: المدة التي تجب فيها إيداع الثمن:

وفقا لما جاء به نص المادة 2/801 التي تنص صراحة على أنه: «يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يد الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة...»، وقد سبق القول أن هذا التصريح يكون مسجلا في عقد رسمي يعلن إلى البائع والمشتري عن طريق كتابة الضبط بالمحكمة الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه، لذا يثير هذا النص إشكالا في تجديد تاريخ بدء حساب الميعاد، حيث أقر أن يكون الإيداع خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة، فهل التاريخ هو تاريخ التصريح بالرغبة؟ أم هو تاريخ تسجيل عقد التصريح بالرغبة لإكسابه تاريخا ثابتا؟ أم هو تاريخ إشهار عقد التصريح بالرغبة؟

إذا تم حساب المدة الفاصلة بين التواريخ الثلاثة نجدها مدة قصيرة، ولكن بدءا من تاريخ الشهر المعقاري يكتسب التصريح بالرغبة حجية على الغير، ويصبح العقار المبيع محميا من كافة تصرفات المشتري الني قد ترد على هذا العقار وهو التاريخ

[1]–القرار رقم 337–130، المؤرخ في 10–01–1995، المجلة القضائية، ع1، 1995، ص194.

المعني[1]، غير أن المحكمة العليا اعتبرت أن التاريخ يبدأ سريانه من يوم إعلان الرغبة، وذلك في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم: 34.131 بتاريخ 19-11-1984 حيث أقرت «من المقرر قانونا أنّه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا أمام المحكمة الواقعة في دائرتها العقار، وذلك في أجل ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، ومن المقرر كذلك أن أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات ومن النظام العام وتطبق تلقائيا»[2].

وبهذا فإن الإيداع يكون خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، والعبرة من ذلك هو فسخ المجال الشفيع ليتدبر أمره ويتكفل بجمع المبلغ الذي يتضمن الثمن والمصاريف التي يقتضيها عقد البيع، مع ملاحظة ما قلناه عن كيفية احتساب الميعاد، بحيث لا يحسب اليوم الأول والأخير منها، وإذا صادف اليوم الأخير عطلة امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعد انتهاء العطلة، وفقا للمادة 463 من قانون الإجراءات المدنية[3]، وقد كان المشرع المصري في مسألة تحديد الثلاثين يوم أكثر وضوحا، حيث جاء في المادة 2/942 من القانون المصري والتي تحدد ثلاثين يوم من تاريخ إعلان عن التصريح بالرغبة[4].

ثالثا: الجزاء المترتب عن عدم إيداع الثمن في الأجل القانوني:

إن المشرع قد جعل من مسقطات الشفعة عدم قيام الشفيع بإيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق، واعتبر هذه المدة من النظام العام، فإذا لم تحترم تفقد صاحبها الحق في طلب الشفعة، بمعنى أن هذا المبدأ يعد من الأشكال الجوهرية في

---

[1]-مصطفى لعروم، مجلة الموثق، ع7، 1999، ص37.

[2]-المجلة القضائية، ع2، 1990، ص52.

-قرار رقم 130.337 مؤرخ في 10-01-1995، مجلة قضائية، ع1، 1995، ص194.

[3]-قرار رقم 50.894، مؤرخ في 02-10-1988، مجلة قضائية، ع4، 1990، ص94.

-قرار رقم: 74.451 مؤرخ في 18-06-1991، مجلة قضائية، ع3، 1993، ص83.

[4]-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص655 وما بعدها.

الإجراءات، يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه، ويستطيع المشتري أو البائع أن يدفع بسقوط حق الشفعة لهذا السبب.

المطلب الثاني: رفع دعوى الشفعة

نص المشرع في المادة 802 من القانون المدني على أنّه: «يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق».

لقد أوجب القانون إيداع ثمن البيع والمصاريف على الوجه السابق بيانه، كشرط لقبول دعوى الشفعة، ويثبت هذا الأخير بواسطة إشهار يقدمه أو يسلمه الموثق للشفيع باستظهار هذا الإشهاد[1]، إضافة إلى وصل الإيداع، ويتمكن الشفيع من رفع دعوى الشفعة لأنّه سبق له وأنّ أبدى رغبته فيها عن طريق التصريح بمقتضى عقد رسمي تم إعلانه للبائع والمشتري، عن طريق كتابة ضبط المحكمة التي قامت بإيداعه وتسجيله مقابل وصل، إلى جانب هذا على الشفيع القيام بإجراءات شكلية واجبة لرفع دعوى الشفعة، يمكن تلخيصها في المسائل التالية:

كيفية رفع دعوى الشفعة وميعادها، الخصوم في دعوى الشفعة، والمحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة.

الفرع الأول: كيفية رفع دعوى الشفعة وميعادها:

لم يتطرق القانون المدني لقواعد خاصة بكيفية رفع دعوى الشفعة، الأمر الذي يؤدي بنا إلى الرجوع لقواعد قانون الإجراءات المدنية، وطبقا لأحكام المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية، على الشفيع إعداد وتحرير عريضة افتتاحية مؤرخة وموقع عليها من المدعى أو وكيله أو محاميه، وتكون مصحوبة بعدد من النسخ بقدر عدد المدعى عليهم، ويقدمها إلى كتابة ضبط المحكمة المختصة، ويكون ذلك أمام القسم العقاري، ثم تقيد الدعوى في سجل خاص، مع بيان أسماء الأطراف، ثم ترقم حسب

---

[1]–الملحق رقم 03.

ترتيبها وقيدها في السجل، ويحدد لها تاريخ الجلسة، وبعد أن يؤشر الكاتب بذلك على أصل العريضة ونسخها، يحتفظ بالأصل، ويسلم نسخ العريضة إلى المدعى من أجل أن يقوم بتسديد الرسوم القضائية مقابل وصل بذلك، ثم يقوم بإجراءات التكليف بالحضور أمام المحكمة في الجلسة المحددة، ويقوم المدعى بالاتصال بالمحضر القضائي وتسليمه نسخ العريضة الافتتاحية للقيام بتبليغ التكليف بالحضور إلى المدعى عليه أو المدعى عليهم، طبقا لأحكام المواد 22 و23 و24 و26 من قانون الإجراءات المدنية، ويتولي المحضر القضائي تحرير محضر التكليف بالحضور، ويكلف أطراف الخصومة بالحضور إلى المحكمة حسب الأوضاع المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية[1]، وذلك في أجل ثلاثين يوما المحددة في المادة 802 من القانون المدني.

ويحسب ميعاد الثلاثين يوما ابتداء من اليوم الثاني لليوم الذي أعلن فيه كل من البائع والمشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة، فإذا أعلن المشتري في يوم، والبائع في يوم متأخر، فالميعاد يكون من اليوم التالي لإعلان البائع، وفقا لما أقرته المحكمة العليا في اجتهادها، حيث أوجبت رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 من القانون المدني وإلا سقط الحق، ويتضح أن الطاعنة صرحت برغبتها في الشفعة بعقد رسمي ثم أعلنته عن طريق المحضر إلى كل من البائعة والمشتري في 16-12-1995 ثم رفعت دعوى الشفعة في 25-12-1995، وعلى هذا الأساس فإن حقها في الشفعة على الأرض موضوع النزاع لم يسقط كما ذهب إليه القرار المنتقد[2].

وقد ثار الخلاف حول ما إذا كان هذا الميعاد يزيد عليه ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك، كما جاء في نص المادة 799 من القانون المدني، بعكس المادة 802 من القانون المدني[3]، مع الملاحظة أنه يجب على المحضر القضائي، مراعاة

---

[1]-سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية، نصا وتعليقا، وشرحا وتطبيقا، ط1، دار الهدى، ص25 وما بعدها.

[2]-عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، ط3، 1967، ص495-496.

[3]-أنور العمروسي، المرجع السابق، ص261-262.

الميعاد المحدد لنظر الجلسة، وفقا لنص المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية، وهو عشرة أيام على الأقل، من تاريخ تسليم التكليف بالحضور، وهي تختلف باختلاف مكان تواجد الشخص المبلغ، والجدير بالذكر أن ميعاد الثلاثين يوما من مواعيد السقوط، لا من مواعيد التقادم، فلا يقبل الوقف، ويسري في حق الغائب وناقص أهلية، وهو لا يقبل الانقطاع إلا بتقديم عريضة افتتاح الدعوى إلى المحكمة (كتابة الضبط)، فإذا لم يراع الشفيع هذا، سقط حقه في الأخذ بالشفعة، وفي إمكان البائع أو المشتري التمسك بالسقوط في أي حالة تكون عليها الدعوى، كما يجوز الدفع به ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا و للمحكمة أن تقضي بالسقوط من تلقاء نفسها .

و عليه فالقانون المدني قد حدد ميعادا قصيرا قدره ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة ،عكس ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية باتفاق بعض المذاهب على أن ميعاد رفع الدعوى مفتوح للشفيع متى شاء أخذ به ،غير أن الفورية تكون لإعلان الرغبة .

الفرع الثاني: الخصوم في دعوى الشفعة:

الشفيع هو المبادر برفع دعوى الشفعة ، و لأن طلب الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف كالشراء ،وجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف ، فإذا كان كامل أهلية و بالغا لسن الرشد المادة 40 من القانون المدني غير محجور عليه ، جاز له أن يرفع دعوى الشفعة بنفسه أو بواسطة وكيل، ويشترط أن تكون الوكالة خاصة المادة 574 من القانون المدني ،و في حالة كون الشفيع قاصرا أو محجورا عليه ، فالولي أو الوصي أو المقدم، هو من يرفع دعوى الشفعة و يتعين على الشفيع ككل فرد يرغب في اللجوء إلى القضاء ، أن تتوافر فيه شروط محددة قانونا ، بموجب المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية و التي تنص على أنه «لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء مالم يكن حائزا لصفة و أهلية تقاضي ،و له مصلحة في ذلك».

أما على من ترفع الدعوى ؟ فالشفيع مجبر على مخاصمة البائع أو البائعين والمشتري أو المشترين جميعا، فإذا رفعت على البعض دون البعض الآخر، كانت

الدعوى غير مقبولة ، فهو ملزم بتوجيه دعواه إلى من ورد اسمهم في الإنذار الرسمي بإيداع الرغبة ، أما إذا لم ينذر و رفع الدعوى على البائع والمشتري فقط، ثم تبيّن بائعين ومشتريين آخرين فلا يسقط حقه في الشفعة، ويكون عليه إدخالهم في الخصومة ولو بعد انقضاء ميعاد الثلاثين يوما.

وأمام تعدد البائعين أو المشترين، فقد يتعدد الشفعاء، وهي الحالة التي نص عليها المشرع في المادة 796 من القانون المدني، فإذا رفعت دعوى الشفعة من قبل شفيع أدنى مرتبة، واتخذ إجراءات الأخذ بالشفعة، وصدر حكم نهائي في الدعوى، وقام بتسجيله وشهره، ثم تنقضي مدة سنة على هذا التسجيل، عندها يقوم الحكم مقام العقد كونه سند تمليك الشفيع، ويسقط حينئذ حق الشفيع الأعلى مرتبة في أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة.

أما إذا لم يصدر أي حكم في الدعوى، يجوز الشفيع أعلى درجة أن يتدخل في دعوى الشفعة بصفته صاحب المصلحة، طبقا لأحكام المادتين 459 و94 من قانون الإجراءات المدنية، فيعتبر مدعيا ضد البائع والمشتري والشفيع الأدنى مرتبة، وعليه أن يقوم بكافة إجراءات الأخذ بالشفعة، ن التصريح بالرغبة، فإيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق، ثم رفع الدعوى خلال الثلاثين يوما من تمام الإعلان، ويمكن الاستغناء عن الإعلان الرغبة حيث تحل محله عريضة التدخل، ثم يتم تبليغ التكاليف بالحضور لكل من البائع والمشتري والشفيع الأدنى مرتبة، حسب الأوضاع المنصوص عليها في المواد 22 و23 و24 و26 من قانون الإجراءات المدنية[1].

أما إذا صدر حكم الشفعة لصالح الشفيع الأدنى مرتبة، ولم تنقض مدة سنة على تسجيله، فيحق حينها للشفيع الأعلى مرتبة أن يرفع دعوى جديدة ضد البائع والمشتري والشفيع أدنى مرتبة بأحقيته في أخذ العقار المشفوع فيه.

والجدير بالذكر أنّه إذا توفى أحد الخصوم، يجب إدخال ورثتهم في الخصام مهما تعددوا، وفقا لنص المادة 81 من قانون الإجراءات المدنية، وعلى القاضي أن

[1]–أنور طلبة، الشفعة والتحيل لإسقاطها، ص427–428.

يمنحهم مهلة كافية لتقديم دفوعهم في موضوع الدعوى، متى طلبوا تلك المهلة، طبقا للمادة 86 من قانون سالف الذكر، وإذا وجد بيع ثان فإنّه يجب اختصام المشتري الثاني في دعوى الشفعة، حتى ولو كان الشفيع يعتقد أن البيع الثاني بيع صوري، وذلك حتى يكون الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه.

وبناء على ما تقدم لا بد لقبول دعوى الشفعة، أن تكون قائمة بين أطرافها الثلاثة الشفيع والبائع والمشتري، سواء أمام محكمة درجة أولى، أو أمام مجلس القضاء في الاستئناف أو أمام المحكمة العليا في الطعن بالنقض [1]، وهذا بعكس الشريعة الإسلامية التي ترى أن الخصم الوحيد الشفيع هو المشتري، سواء تسلم المبيع أولا لأنّه مالك والبائع إذا كان البيع لا يزال بيده (لقيام حيازته)، وبهذا يلاحظ الخلاف القائم بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني.

الفرع الثالث: المحكمة المختصة بنظر الدعوى وطبيعة الحكم الفاصل فيها:

لقد أوضحت المادة 802 من القانون المدني بنصها «يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار... وإلا سقط الحق»، إن دعوى الشفعة من الدعوى العينية، لأنّ الشفيع يطالب بملكية العقار المشفوع فيه، نتيجة توافر سبب من أسباب كسب الملكية، وهو الشفعة، لذلك فمحكمة موقع العقار هي المختصة محليا، طبقا للمادة 08 من قانون الإجراءات المدنية بنصها «في الدعوى العقارية...أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها...» أما نوعيا، فإن المحكمة الابتدائية هي المختصة بالنظر في دعوى الشفعة بموجب حكم ابتدائي أو نهائي تبعا للحكم الصادر في الدعوى والتي يتضمن ثمن البيع، فإن كان هذا الأخير دون الألفي دينار، فإن الحكم الصادر في شأنها حكم ابتدائي نهائي طبقا لنص المادة 02 من قانون الإجراءات المدنية، ولا يكون قابلا للطعن إلا بالطرق غير العادية.

---

[1] -عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، ط3، 1967، ص496.

-محاضرات الأستاذ ملزي عبد الرحمن، القانون المدني، الشفعة، التكوين المتخصص في العقاري، المعهد الوطني للقضاء، 2003، ص159.

أما إذا كان ثمن البيع المحكوم به يتجاوز ألفين دينار، فالحكم الصادر بالدعوى حكم ابتدائي قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي الواقع في دائرة اختصاصه مقر المحكمة الناظرة في الدعوة والمعارضة إذا كان الحكم غيابيا.

تعد دعوى الشفعة من الدعاوى العينية العقارية، وأوجب القانون شهر مجموعة من هذه الدعوى على مستوى المحافظة العقارية، وذلك عن طريق إشهار عريضة افتتاح الدعوى في البطاقات العقارية، وقيدها في سجل المحررات المتضمنة العقار موضوع المطالبة القضائية، وبشأن هذه النقطة انقسم القضاء إلى اتجاهين [1]، وهو ما سنتناوله بإيجاز:

***الاتجاه الأول:** يذهب إلى أن شهر الدعاوى العقارية يعد قيدا على رفع الدعوى المتضمنة للطعن في صحة المحررات المشهرة، متمسك في ذلك بحرفية نص المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 19-05-1993 التي تنص على أن «دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا...» وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة في القرار رقم 203024 المؤرخ في 12-06-2000 [2].

***الاتجاه الثاني:** يرى أن شهر الدعوى لا يعد قيدا على رفعها لأن المادة 85 تتعارض مع القواعد العامة لرفع الدعوى وشروط قبولها، فضلا على أن هذا الإجراء شرع لمصلحة رافع الدعوى، وبالتالي فلا يجوز للمدعى شهر دعواه بالمحافظة العقارية، ولا يمكن للمدعى عليه إثارة هذا الدفع، ولا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها.

وهو ما ذهبت إليه الغرفة المدنية في القرار رقم 130145 المؤرخ في 12-

---

[1] -بن حمدي باشا عمر وليلى زرقي، المنازعات العقارية، ط1، دار هومة، 2006، ص234-235.

[2] -حمدي باشا عمر، القضاء العقارين، الجزائر، دار هومة، 2004، ص152.

07-1995 إذ ترى بأن (إن عدم شهر الدعوى في المحافظة العقارية لا يترتب عنه أي بطلان).

وهو ما ذهبت إليه الغرفة العقارية للمحكمة العليا في القرار رقم 184451 المؤرخ في 25-11-1998[1].

أما بالنسبة لعريضة افتتاح دعوى الشفعة، فهي لا تخضع لعملية الشهر المنصوص عليها في المادة 85 من المرسوم 63/76، والتي تخضع الدعاوى الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها.

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 14437 بتاريخ 26-04-2000 «والحال أن دعوى الطاعنة إنما تتعلق بدعوى الأخذ بالشفعة في بيع العقار المشاع بينها وبين أختها والذي باعته هذه الأخيرة بمطعون ضدهما وهي الدعوى التي خصها المشرع بأحكام خاصة، وحدد شروط ممارستها في المواد 794 إلى 807 من القانون المدني، ولا تدخل بالتالي ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة 85 أعلاه.

حيث فضلا عن ذلك فإن المشرع وفي مجال المحافظة العقارية والسجل العقاري إنما اختار النظام العيني لا الشخصي، ومن هنا فإن حلول الشفيع محل المشتري في حق تثبيت حق الشفعة ليس من طبيعته التأثير على فحوى العقد المشهر ذاته من حيث البيانات الخاصة بالعقار أو الحقوق العينية المترتبة عنه، كما هو الشأن بالنسبة للدعاوى التي خصتها بالذكر المادة 85 أعلاه، ومن هنا فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا قد أخطأوا تطبيق القانون الأمر الذي يعرض قرارهم للنقض»[2].

وهنا نتساءل إن رفعت دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة، فما الحكم في ذلك؟

---

[1]-حمدي باشا عنر، نتقل الملكية المقاربة، دار هومة، 2002، ص 123 وما بعدها.

- دراسة حول الحلالات المتعلقة بالمادة 90 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 76/03/25، متعلق بالسجل العقاري يوم دراسي بتاريخ 15-04-2004.

[2]-المجلة القضائية، ع1، 2000، ص156.

بحسب ما ذهب إليه الفقه والقضاء أن رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة من شأنه قطع الميعاد، ولكن لا يسقط الحق في الشفعة، ويستمر الانقطاع إلى غاية صدور الحكم بعدم الاختصاص، فيبدأ من هذا التاريخ ميعاد جديد، يستطيع الشفيع خلاله أن يرفع دعواه من جديد أمام المحكمة المختصة، وبما أن الميعاد المنصوص عليه في المادة 802 من القانون المدني ميعاد سقوط لا تقادم، فنقيس على مدة هذا الأخير انقطاع مدة السقوط، طبقا لنص المادة 317 من القانون المدني التي تنص على «ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة».

أما إذا استأنف الشفيع الحكم القاضي بعدم الاختصاص، فإن الانقطاع يبقى قائما إلى حين الفصل في الاستئناف، ويجب على الشفيع أن يرفع دعواه أمام المحكمة المختصة في أجل ثلاثين يوما من تاريخ صدور القرار النهائي بعدم الاختصاص[1].

والجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية لم تحدد هذه الإجراءات، ولكن يستنتج أنها اعتبرت موقع وجود العقار المشفوع فيه هو مكان رفع الدعوى.

-طبيعة الحكم الفاصل في دعوى الشفعة:

تقضي المادة 803 من القانون المدني بأنه: «يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري»، يستفاد من هذا النص أن صدور حكم نهائي بثبوت الشفعة، يعد سندا لملكية الشفيع، ولكن دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالشهر العقاري، فالحكم الصادر بأحقية الشفيع في الحلول محل المشتري في تملك العقار المشفوع فيه، هو حكم أو سند ملكية يغني الشفيع عن إبرام عقد بيع بينه وبين البائع، فما مصير هذا الحكم؟

بما أن الحكم القاضي بالشفعة، هو الناقل للملك، فيجب على الشفيع تسجيله وشهره بالمحافظة العقارية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها، طبقا لما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني والتي تقضي بأن: «لا تنقل الملكية والحقوق العينة

---

[1]-عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المرجع السابق، ص490 وما بعدها.

-رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص268 وما بعدها.

الأخرى في العقار سواء أكان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري».

ومعنى ذلك أن العقود المدنية والقرارات الإدارية والأحكام القضائية، التي تتعلق بالملكية العقارية ونقلها أو إنشائها أو إقرارها تخضع للإجراءات نفسها التي حددها الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. والذي أكد عدم انتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء أكان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات المنصوص عليها قانونا ولا سيما المتعلقة بالشهر العقاري.

وقد أقرت المحكمة العليا هذا في قرارها رقم 30.840 الصادر في 07-02-1994 الذي جاء فيه «من المقرر قانونا أنّه لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء أكان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات القانونية، ولا سيما التي تدير مصلحة شهر العقار، وعليه الشفيع الذي يستصدر حكما نهائيا بأحقيته في الشفعة، والحلول محل المشتري في ملكية العقار المشفوع، يكون قد تحصل على سند الملكية، إلا أنّ هذا السند لا يكون حجة على الغير إلا إذا خضع لإجراءات الشهر العقاري»[1].

وينبغي أن يتضمن الحكم القاضي بثبوت الشفعة جميع إجراءات المطالبة بها لأن الاكتفاء بذكر عموميات فقط يعد قصورا في التسبيب، ويوجب النقض وقد صدر قرار بهذا الصدد عن المجلس الأعلى بتاريخ 09-01-1985 رقم 33798 جاء فيه «من المقرر قانونا أن القرار الذي لا تكفي أسبابه لمواجهة ما قدم من أدلة في الدعوى وما أبدى من طلبات ودفوع أطرافها، فإن القرار يكون مشوبا بالقصور في التسبيب.

---

[1]- المجلة القضائية، ع2، 1994، ص158.

-قرار المحكمة العليا رقم 75678 المؤرخ في 24 ديسمبر 1991، المجلة القضائية، ع1، 1993، ص69.

-بوشناقة جمال، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، الجزائر، دار الخلدونية، 2006، ص226-227.

ولما كانت جهة الاستئناف لم تقم فعلا باحتساب الآجال المحددة بالمواد 799، 801 و802 من القانون المدني بالنسبة للعمليات الصادرة عن الطالبة في طلبها استعمال حق الشفعة، والإنذار الموجه لها في البائعة والمشتري حتى يتسنى للمجلس الأعلى استعمال حق الرقابة عليها.

واقتصرت على ذكر عموميات لا تفي بالمطلوب، وقضت بالمصادقة على الحكم المستأنف لديها والقاضي برفض الدعوى لسقوط حق المدعية، فإنها بهذا القضاء شوهت قرارها بالغموض والقصور في التسبيب، ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه»[1].

أما عن ما أقرته الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص، أنّه متى تقدم الشفيع إلى القاضي للمطالبة بالشفعة، وأدعى شراء الدار المشفوعة، فإن القاضي يسأله أو لا عن موضع الدار وحدودها، ثم يقبض المشتري الثمن، فإن لم يقبض لم تصح دعواه.

ويسأل القاضي المدعى عليه –المشتري– عن ملكية الشفيع لما يشفع به، فإن أقر بملكية هذا الأخير، فيها، وإن أنكر تلك الملكية، كلف القاضي الشفيع إقامة البيّنة على ملكه.

وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الحكم القاضي بثبوت الشفعة كاشف لا منشئ، فقد ذهب أبو حنيفة إلى أن الشفيع يستقر حقه بطلب الإشهاد والتقدير، دون الحاجة إلى قضاء القاضي، أما عند الإمام أحمد بن حنيل فلا يتوقف تملك الشفيع العقار المشفوع فيه على رضا المشتري أو على قضاء القاضي، بل يتملكه قبل ذلك بمجرد طلب الشفعة، وبمجرد طلبها إذا علم الشفيع بالثمن عند مالك، وبطلبها إذا دفع الشفيع الثمن إلى المشتري عند الشافعي[2].

أما في القانون المدني، فعقد البيع ينقل الملك من البائع إلى المشتري، وكذلك الحكم بالشفعة ينقل الملك المشفوع فيه من المشتري إلى الشفيع، فهو بمثابة حكم

---

[1]–المجلة القضائية، ع4، 1989، ص19.

[2]–محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ص188.

بصحة التعاقد، إذن فهو حكم منشئ لملكية الشفيع، حق لا يوجد إلا من وقت التراضي أو صدور حكم قضائي، لا قبل ذلك، وبه يحصل الشفيع على سند للملكية يمكنه التقرب من أي مكتب توثيق من أجل إيداع الحكم القضائي لإشهاره، وحتى تنتقل ملكية العقار من البائع إلى الشفيع بدلا من انتقالها من البائع إلى المشتري[1].

ما يمكن استخلاصه من كل ما سبق ذكره، إجراءات جد دقيقة نظمها المشرع تنظيما محكما، تبدأ بالإنذار الرسمي، يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع، يعلمه بوقوع البيع، بتصريح من الشفيع في خلال ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار، يعلن فيه رغبته في الأخذ بالشفعة، مع إيداع ثمن البيع والمصاريف بيد الموثق، قبل رفع الدعوى خلال المدة ذاتها من تاريخ التصريح بالرغبة، وإذا ما أخل بهذه المواعيد سقط حقه في الشفعة.

إنها إجراءات تنتهي بحكم نهائي، يعد سندا رسميا أو عقدا حقيقيا يحل محل عقد الملكية العقارية، مع مراعاة أحكام الشهر العقاري.

يبدو أن نية المشرع هي تقيد حرية الشفيع بحصره للمواعيد، حماية المشتري حتى لا يظل مهددا في ملكه، ومراعاة لمبدأ وجوب استقرار المعاملات، هذا من جهة، وجعل الشفعة رخصة لصيقة بشخص الشفيع يدفع بها ضرر مشاركته في العقار الذي يشفع به من جهة أخرى.

---

[1]–عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج9، ص795 وما بعدها.

–أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، المرجع السابق، ص403.

المبحث الثاني: آثار الشفعة بين الثبوت والسقوط

لقد سبق القول أنّه يثبت الحق في الشفعة للشفيع، رضا أو قضاء، أي أن المشتري يظل مالكا للعقار المشفوع فيه، حتى حصول رضاه وتسليمه بالشفعة، أو بصدور حكم القضاء بذلك، ولا تنتقل الملكية إلا من وقت الشهر دون أثر رجعي.

ولما كانت الشفعة، مجموعة الوقائع المادية والتصرف الأحادي للشفيع، والتي باكتمالها يمتلك الشفيع جزء العقار المبيع، أو الحق العيني المبيع، وتتحول رخصة الشفيع في أن يتملك، إلى حق في الملكية، وذلك عن طريق حلوله محل المشتري.

بهذا الحلول تنشأ جملة من العلاقات القانونية تربط بين البائع، المشتري والشفيع، أو بين الغير والشفيع، وقد لا تقوم هذه العلاقات لحدوث مانع من الموانع من شأنه أن يحول دون قيام حق الشفعة، أو يسقط الحق فيها لعدم اتخاذ الإجراءات التي أوجبها القانون طبقا لأحكام المواد: 799-801-802 و807.

وعليه نتناول هذا المبحث في مطلبين: نخصص الأول إلى العلاقات الناشئة عن ثبوت الشفعة، ونكرس الثاني لمسقطاتها.

المطلب الأول: العلاقات الناشئة عن ثبوت الشفعة

تنص المادة 794 من القانون المدني على أن «الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار...»، وتأكد المادة 804 من القانون المدني الأثر المباشر الشفعة وهو حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته في مواجهة البائع.

ومما تجدر الإشارة إليه قبل الخوض في دراسة هذه العلاقات الجدل الكبير القائم حول تحديد الوقت الذي يتم فيه حلول الشفيع محل المشتري، هل قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة؟ أو وقت صدور الحكم؟ ويمكن توضيح ذلك بالتطرق إلى الاختلاف الواقع بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي.

الفرع الأول: الوقت الذي يتم فيه حلول الشفيع محل المشتري

أولا: حلول الشفيع محل المشتري قبل صدور الحكم

يرى أبو حنيفة أن الشفيع يمتلك العقار المشفوع فيه بمجرد طلب المواثبة، ثم طلب التقرير والإشهاد، فهو لا يسقط إلا بسبب من أسباب السقوط، فملكية الشفيع لا تتوقف على رضا المشتري أو قضاء القاضي[1].

أما الإمام مالك قد ارتأى أن الشفيع لا يحل محل المشتري في الصفقة من تاريخ إبرامها، وإنما يعد تملكه بمثابة الشراء الجديد من المشتري، ويتحقق التملك من وقت القضاء أو دفع الثمن أو الإشهاد ولو في غيبة المشتري[2].

أما الشافعية فيرون أن الشفيع يتملك العقار المشفوع فيه بمجرد اللفظ، أي قوله أخذته بالشفعة، شريطة أن يدفع الثمن –الشفيع– للمشتري[3].

ويرى الحنابلة، أن الشفعة هي حلول الشفيع محل المشتري في الشفعة، من تاريخ قضاء القاضي أو من تاريخ تسليم المشتري بالشفعة، إذا توافر العلم بالثمن

---

[1]–حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ص219.

[2]–الدرديري، المرجع السابق، ص485.

[3]–أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص144.

والمبيع[1].

مما سبق يتضح أن جمهور الفقهاء، يذهبون إلى أن الملكية تثبت للشفيع دون اشتراط قضاء القاضي أو رضا المشتري.

أما عن الاختلاف في الفقه الوضعي حول مسألة وقت حلول الشفيع محل المشتري، قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة، فانحصر في ثلاثة آراء.

1-حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع:

يستند هذا الرأي على أن القواعد القانونية تقضي بأن الأحكام القضائية مقررة للحقوق لا منشئة لها، وهذا يعني أن الحق الذي قضى به مكتسب من يوم وجوده، لا من يوم القضاء به، وعلى هذا يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه من يوم انعقاد البيع[2].

ويرى السنهوري في هذه النقطة، بأن الشفعة تحدث أثرها عند إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بها، ومتى أحدث هذا الأثر، حل الشفيع محل المشتري منذ تمام البيع لا من إعلان الشفيع لرغبته، وعلى هذا يجب استبعاد القول القائل أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم بالشفعة، أو من وقت رفع الدعوى، أو من وقت تسجيل إعلان الرغبة، أو من وقت إعلانها أساسا[3].

2-حلول الشفيع محل المشتري من وقت إعلان الرغبة في الشفعة:

يذهب هذا الرأي إلى أن الشفيع في مأمن من كل تصرفات المشتري، بعد تسجيل إعلان الرغبة للأخذ بالشفعة، فتصبح بعد ذلك غير نافدة في حقه، من هذا التاريخ يحل الشفيع في مواجهة البائع. محل المشتري في كافة ما كان له وعليه من حقوق، أما الاحتجاج بحق الشفيع على الغير، يكون من وقت شهر إعلان الرغبة في

---

[1]-أبو قدامى المقدسي، المرجع السابق، ص474.

[2]-رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص477.

[3]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص731-732.

الأخذ بالشفعة، وهذا طبقا لنص المادة 806 من القانون المدني.

3-حلول الشفيع محل المشتري وقت رفع الدعوى

يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن الشفيع يتملك بالشفعة وليس بالعقد، لذا فحكم الشفعة لا يرتد إلى تاريخ البيع، وكون الشفعة سبب مستقل لكسب الملكية، فلا يمكن القول أيضا بارتداد أثر الحكم إلى تاريخ الطلب بها، لأن حق الشفيع لا يثبت نهائيا بمجرد إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة، فحقه يبقى مهددا إلى أن يستوفي كافة الإجراءات القانونية لذلك، فوفقا لنصوص القانون، فإن حكم الشفعة يرتد بأثر رجعي إلى الوقت الذي يستكمل فيه الشفيع إجراءات الشفعة، كون أن هذه الأخيرة هي صميم الحق ذاته، فعدم استكمالها في مواعيدها يؤدي إلى سقوط الحق في الشفعة، وبما أن آخر مرحلة للمحافظة على حق الشفيع هي قيد الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة، وجب أن يرتد أثر الحكم إلى تاريخ رفع الدعوى، لأن القيد إجراء متمم لرفع الدعوى، وليس إجراء مستقلا لذاته [1]، وطالما أن المشرع لم ينص صراحة على أن الحكم الصادر بثبوت الشفعة منشأ لملكية الشفيع، فهذا يدل على إخضاع هذا الحكم للقاعدة العامة التي تقرر أن الأحكام كاشفة للحقوق، لا منشئة لها، ما لم ينص القانون بخلاف ذلك.

ثانيا: حلول الشفيع محل المشتري وقت صدور الحكم بثبوت الشفعة

ذهب رأي أغلبية فقهاء الحنفية إلى أنّه إذا بيع العقار أدخل في ملك المشتري بمجرد عقد البيع دون توقف على آداء الثمن أو على تسلمه من البائع، فإذا استحقه الشفيع بالشفعة، لم يتملكه بمجرد طلبه، لأن حق الشفعة ضعيف، فلا يتقوى حسب رأيهم إلا بطلبه من القاضي، وعلى هذا فلا يتملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا بأحد الأمرين.

تسلمه من المشترى عن رضا منه، فيتملكه الشفيع من وقت تسليم المشتري

---

[1]-حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، المرجع السابق، ص650 وما بعدها.

- علي الخفيف، المرجع السابق، ص120.

بالشفعة، أو قضاء القاضي له به، فيتملكه من وقت القضاء[1].

وقد ذهب الرأي الغالب في الفقه القانوني [2]، إلى أن الشفيع يتملك العقار المبيع من وقت شهر الحكم بالشفعة، أو من وقت شهر سند التراضي، ومعنى هذا أن الحكم بالشفعة منشئ لحق الشفيع، وليس مقررا له، وبالتالي فإن الشفيع يعد مالكا للعقار المشفوع فيه، من وقت ثبوت الحكم النهائي بالشفعة، ذلك لأن المسألة لا تتعلق بنزاع حول الملكية، ولا بإبطال البيع أو فسخه، وإنما تتعلق بوسيلة يستطيع الشفيع بواسطتها أن يكتسب ملكية العقار المبيع بدلا من المشتري، أي أن الشفيع يتملك العقار المشفوع فيه، من وقت التسليم بالشفعة، أو الحكم بها، أما قبل ذلك فالملكية للمشتري، كما هو الشأن بالنسبة لأي مشتري آخر.

وإذا كان المشرع قد قيد تصرفات المشتري ببعض القيود، كالبناء أو الغرس إذا حصلت بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة كما جاء في نص المادة 805 من القانون المدني، فذلك رعاية منه لحق الشفيع، وحتى لا يلجأ المشتري إلى الإضرار بحقه وإقامة العوائق أمامه، ولهذا فإن تصرفات المشتري في العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة، تكون نافذة في حق الشفيع، وإذا باع المشتري العقار في هذا الوقت، على الشفيع أن يأخذ بالشفعة من المشتري الثاني، ولهذا فلا يتصور مطلقا أن تستند ملكية الشفيع إلى وقت البيع كما يقول الرأي الأول.

وإذا كان المشرع قد جعل التصرفات التي تصدر من المشتري أو تصدر ضده في خصوص العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة غير نافذة في حق الشفيع، فهذا لا يفيد استناد ملكية الشفيع إلى هذا التاريخ كما يقول الرأي الثاني، فلو صح أن ملكية الشفيع تستند إلى هذا التاريخ، لأدى ذلك إلى خلاص العقار من التصرفات دون الحاجة إلى نص، وكذلك الحال إذا اعتبرنا الحكم بالشفعة ذا اثر رجعي، لقضي بمجرد صدوره على جميع التصرفات الصادرة من المشتري، بغير حاجة إلى نص، لأنها صادرة من

---

[1]–رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص486.

[2]–عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص410.

غير مالك[1].

فقد اعتبر المشرع حكم الشفعة سببا قانوني لملكية الشفيع، وكلمة "سند" التي وردت في نص المادة 803 من القانون المدني، تعني السبب القانوني المنشئ لحق الملكية، ومتى كان حكم الشفعة في نظر القانون هو سبب ملكية الشفيع ومنشئها، فهذا الأخير لا يتملك العقار إلا بعد هذا الحكم، فالمسبب لا يوجد قبل سببه، ولأن ما جعله المشرع من أحكام منشئة للحقوق لا ينسحب على الماضي.

فإذا ما وقع التراضي أو صدر حكم قضائي بثبوت الشفعة للشفيع، فإن انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع يكون من المشتري وليس من البائع، وبذلك يكون الحكم ناقلا للملك، كما أن عقد البيع بنقل الملك من البائع إلى المشترين فالحكم بالشفعة ينقل الملك المشفوع فيه من المشتري إلى الشفيع.

وهذا ما يتضح بصفة جلية في المادة 803 من القانون المدني والتي تنص على مايلي «يعتبر الحكم الذي بصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري».

فيمكن القول أن موقف المشرع الجزائري يتماشى مع ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية، وما ذهب إليه الرأي الغالب في الفقه القانوني، من أن حلول الشفيع محل المشتري، يكون من وقت صدور حكم نهائي يقضي بثبوت الشفعة للشفيع، فيحل هذا الأخير محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، حلول يتجسد في علاقات قانونية، ندرسها في ثلاثة فروع، نتعرض في الفرع الأول لعلاقة الشفيع بالبائع ونخصص الفرع الثاني لعلاقة الشفيع بالمشتري، ثم نبحث في الفرع الثالث علاقة الشفيع بالغير.

الفرع الثاني: علاقة الشفيع بالبائع

تنص المادة 804 من القانون المدني على أنه: «بحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، إلا أنّه لا يمكن له الانتفاع بالأجل

[1]-عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المرجع السابق، ص512.

المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع، ولا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة...»

بالتمعن في نص المادة نجد وقوع النص في خطأ موضوعي، وهو نفي حق الشفيع في الرجوع على البائع إذا استحق العقار رغم ثبوته له، حيث جاء النص «..لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة» [1]، بعكس ما جاء في النص الفرنسي والذي ورد صحيحا لهذه المادة حين قال:

«Le préempteur n'a recours que contre le vendeur»

أي بسقوط حرف الاستثناء "إلا" في النص العربي لتصبح العبارة « ولا يرجع الشفيع إلا على البائع».

السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو ضرورة معرفة أي النصين يطبق في حالة استحق العقار البيع بعد أخذه بالشفعة؟

باستقراء النص الفرنسي، إذا استحق العقار بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع، والنص العربي جاء مخالفا لهذا المعنى، فهل يفهم من هذا الأخير أن البائع لا يلزم بالضمان في حالة استحقاق البيع بعد أخذه بالشفعة، وهذا خروجا عن القواعد العامة في مجال التزامات البائع، أو يعد مجرد ترجمة غير صحيحة؟

وعلى الرغم من أن النص العربي هو النص الرسمي والنص الفرنسي هو الأصل، وجرت العادة لأخذ بالنص العربي، وهو واجب التطبيق، إلا أنني أجد في هذه الحالة واستثناء يطبق النص الفرنسي حتى لا يحرم الشفيع من إحدى حقوقه، وعلى القاضي مراعاة هذه النقطة في حالة نشوب نزاع بخصوصها.

سبق القول أنه يترتب على ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة أن تتنقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه، وهذا نتيجة حلوله محل المشتري في عقد البيع المبرم بينه وبين البائع فتحدث عملية تحويل للحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما

---

[1]–علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992، ص172.

بين البائع والشفيع، إذن هي التزامات متبادلة نتعرض لها فيما يلي:

أولا: التزامات البائع:

وهي تنحصر بين نقل ملكية المبيع، تسليم العقار، ضمان التعرض والاستحقاق.

1-التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع:

يلتزم البائع بما هو ضروري لنقل الحق المشفوع فيه إلى الشفيع، وذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالشهر العقاري، بحسب ما جاء في نص المادة 165 من القانون المدني التي تنص على أن «الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيء معين بالذات يملكه الملتزم، ذلك مع مراعاة الإحكام المتعلقة بالشهر العقاري» و نفس الشيء نصت عليه المادتين 792و 793 من قانون المدني[1].

فإذا كانت الشفعة بالتراضي، نجد أنفسنا أمام فرضيتين:

الأولى إذا كان المشتري قد سجل عقد البيع وأشهره، فعليه أن يحرر إقرارا بتسليمه الشفعة للشفيع، يعقد رسمي أمام الموثق وفقا لأحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، ثم يقدم الإقرار إلى مصلحة التسجيل والطابع لتسجيله عملا بأحكام المواد 192، 195 من المر رقم 76-105 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم، وبعدها يكون -الإقرار- محل إبداع على مستوى المحافظة العقارية المختصة إقليميا، أي المصلحة التي يقع العقار محل التصرف في دائرة اختصاصها، المادة 04 من المرسوم رقم 76-63، فيقوم المحافظ العقاري وهو المسؤول الأول في عملية حفظ الوثائق العقارية، بالتأكد أولا من قيام الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، وأن الإقرار يعد بيعا جديدا صادرا عن المشتري إلى الشفيع، وبعدها التأشير بمضمون هذا الأخير على هامش عقد البيع وعلى هامش تسجيل عقد

---

[1]-قرار رقم 68467، المؤرخ في 21-01-1990، مجلة قضائية، ع1، 1992، ص86.

-قرار رقم 182360، المؤرخ في 28-10-1998، مجلة قضائية، ع1، 1999، ص81.

الرغبة في الأخذ بالشفعة.

الثانية: إذا لم يسجل المشتري عقد البيع، يقوم بتحرير إقراره بالتسليم بالشفعة أمام الموثق، ويوقع من قبل البائع والمشتري والشفيع، وفي هذه الحالة يجوز للموثق أن يحرر عقد بيع جديد بين البائع والشفيع ويوقعه المشتري معهما، تسليما منه بالشفعة، يسجل ويشهر ويؤشر بمضمونه على هامش تسجيل عقد إعلان الرغبة.

إلا أنه قد يمتنع المشتري بعد توقيعه الإقرار أو عقد البيع عن التسليم بذلك، أو يمتنع البائع من استكمال الإجراءات اللازمة التسجيل والشهر، وعرقلة كل منهما للشفيع فيجوز في هذه الحالة لهذا الأخير أن يرفع دعوى بصحة الإقرار بالشفعة من جانب المشتري، على كل من البائع والمشتري، فإذا قضي له بصحتها، سجل الحكم وأشهره فتنقب إليه ملكية العقار المشفوع فيه[1].

أما إذا كانت الشفعة بالتقاضي، وتحصل الشفيع على حكم قضائي بالشفعة، فبمجرد تسجيل وشهر الحكم، تتنقل الملكية مباشرة من البائع [2]، ويقوم المحافظ العقاري بالتأشير على هامش عقد تسجيل إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة، بما يفيد صدور الحكم النهائي.

وكذا التأشير بمنطوق الحكم على هامش تسجيل عقد البيع.

وإذا ما تم التسجيل والإشهار على نحو ما تقدم، تتنقل الملكية للشفيع، وله أن يتصرف في العقار المشفوع فيه، بأي نوع من أنواع التصرفات.

2-التزام البائع بتسليم العقار إلى الشفيع:

إذا تم للشفيع الأخذ بالشفعة، حق له أن يتسلم العقار المبيع، فإن كان العقار لا يزال بيد البائع وجب عليه تسليمه للشفيع، ويسلمه له بالحالة التي كان عليها وقت البيع

---

[1]-عبد الرازق الشهوري، المرجع السابق، جــ 9، ص741، 742.

[2]-قرار رقم 443، 186 مؤرخ في 14-02-2000-مجلس الدولة، غير منشور، مشار إليه، حمدي باشا عمر القضاء العقاري، المرجع السابق،ص314.

وبالمقدار الذي عين له في العقد، وبالملحقات التي تتبعه، طبقا لنص المادة 361 من القانون المدني والتي تنص على أن «يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا».

فإذا امتنع البائع عن التسليم، يكون مسؤولا عن إخلاله بالالتزام، وتبعة الهلاك تقع عليه، ولو كان عدم التسليم راجعا لسبب أجنبي، وحتى ولو كان الشفيع قد سجل وأشهر حكم الشفعة، أو سند التراضي، وانتقلت ملكية العقار المشفوع فيه إليه، قبل التسليم، فيجب على البائع أن يرد الثمن الذي أودع لدى الموثق، أو تسلمه من المشتري، أما إذا لم يقبضه فلا يحق له مطالبة الشفيع أو المشتري به.

ولكن إذا تسلم الشفيع العقار المشفوع فيه، فيتحمل تبعة الهلاك، ولو لم يسجل وبشهر حكم الشفعة أو سند التراضي، ولم تنتقل إليه الملكية، فتبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة، لا مع انتقال الملكية[1].

وفي هذه الحالة جاز للبائع أن يقبض الثمن من يد الموثق، ولا يحق للشفيع أن يطالب برده، وإذا قام البائع باعذار الشفيع بتسليم العقار المبيع، فمن وقت الإعذاء يعد العقار في حكم المسلم للشفيع، إذا هلك فتبعة الهلاك الجزئي أو الكلي، تقع على هذا الأخير.

وللشفيع في حالة الهلاك الجزئي، أو نقص قيمة العقار المبيع قبل التسليم، المطالبة إما بالفسخ أو إنقاص الثمن، دون أن يكون له الحق في التعويض.

3-التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق للشفيع:

التزام يستخلص من نص المادة 804 من القانون المدني: «...لا يرجع الشفيع إلا على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة...»، بحسب النص الفرنسي ومن نتائجها قيام علاقة مباشرة بين البائع والشفيع، فمقتضى ذلك التزام البائع بعدم التعرض

---

[1]-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج9، ص743.

للشفيع في الانتفاع بالمبيع كله، أو بعضه، بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية[1]، طبقا لأحكام المواد 371 و372 و379 من القانون المدني وإذا وجد اتفاق على تعديل أحكام هذا الضمان بين البائع والمشتري، فيسري هذا الأخير في حق الشفيع وفقا لما تقرره القواعد العامة[2].

وبهذا يعتبر الشفع خلفا خاصا للبائع، وليس خلفا خاصا للمشتري، كون أن المشتري يخرج من الصفقة المبرمة بينه وبين البائع، ويصبح كأنه لم يكن، ويحل الشفيع محله، ويبقي العقد قائما بين البائع والشفيع، وينتج أثاره القانونية فيما بينهما.

ثانيا: التزامات الشفيع:

يقع على عاتق الشفيع التزامين هما، التزامه بدفع الثمن والمصاريف البائع، وكذلك التزامه بتسلم العقار المشفوع فيه.

1-التزام الشفيع بدفع الثمن والمصاريف للبائع:

عندما يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة، يصبح ملزما بدفع الثمن البائع إذا لم يكن هذا الأخير قد قبضه من المشتري، ومقداره زائد المصاريف بالاتفاق بين جميع الأطراف إذا أخذت الشفعة بالتراضي، فيدفع الشفيع كل الثمن والمصاريف المتفق عليها، لأنّه لم يكن قد أودع شيئا لدى الموثق، غير أنّه إذا أخذت الشفعة بالتقاضي يجب إيداع كل الثمن والمصاريف بين يد الموثق خلال ثلاثين يوم على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، تحت طائلة سقوط الحق في الأخذ بالشفعة وهو ما تلزم به أحكام الشريعة الإسلامية.

وأيا كان المبلغ الذي يدفعه الشفيع للبائع فإنّه يلتزم بدفعه فورا، وهذا حتى ولو كان البائع قد اتفق مع المشتري في الأصل على تأجيل الثمن، فليس للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري، بحسب ما نصت عليه المادة 804 من القانون المدني التي

---

[1]-حسن كيرة، المرجع السابق، ص626.

[2]-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج9، ص751 وما بعدها.

تقضي بأنّه: «...إلاّ أنّه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع...».

والسبب في ذلك واضح فالبائع طرف في عقد مع شخص عبر الذي تعاقد معه، والشفيع طرف في عقد لم يشترك في انعقاده، زيادة على ذلك البائع قد يضع في المشتري ثقة لا يضعها في الشفيع، ولذا فإن أراد الشفيع الاستفادة من هذا الأجل، وجب عليه التفاوض مع البائع على هذا، وهنا نكون أمام واقعة قانونية جديدة [1]، تخضع للإيجاب والقبول، وعرض تفاصيل تمس العقد وتتم باتفاق البائع والشفيع، ورضا البائع لتأجيل الثمن يأتي بعد الأخذ بالشفعة، أما أثناء إجراءات رفع الدعوى فيجب على الشفيع أن يودع كل الثمن لدى الموثق، حتى لو كان البائع راضيا بتأجيل الثمن، فإذا ما ثبت حق الشفيع في الشفعة، ورضى البائع بتأجيل الثمن استطاع الشفيع أن يسحب الثمن كله أو بعضه بإذن البائع، وعليه بعد ذلك أن يسدده للبائع في الأجل المتفق عليه، وفي حالة أخذت الشفعة بالتراضي، فإن الثمن يكون مؤجلا أو مقسطا تبعا لما يتم الاتفاق بينه وبين البائع.

2-التزام الشفيع بتسلم العقار المشفوع فيه من البائع:

يلتزم الشفيع بتسلم العقار المشفوع فيه إذا كان لا يزال في يد البائع، أما إذا كان المشتري قد تسلمه من البائع، فالشفيع يتسلمه من المشتري [2]، ونصت المادة 394 من القانون المدني على أنّه: «إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن بتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسلم».

أما بالنسبة للنفقات فقد نصت المادة 395 من القانون المدني على: «إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك»، ويستفاد من النص أن نفقات التسليم تكون على البائع، أما نفقات تسلم المبيع تكون على

---

[1]-مصطفى لعروم، مجلة الموثق، ع8، 1999، ص9.

[2]-عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص190.

المشتري الذي حلّ محله الشفيع.

ويلاحظ في الشريعة الإسلامية، أن هناك رأيان [1] بخصوص علاقة البائع بالشفيع، رأي يمثله فقهاء الحنفية، والذين يؤكدون على أن علاقة البائع بالشفيع تكون خلال المدة التي تفصل بين إعلان الشفيع لرغبته وحكم القاضي له بالشفعة، وعلى ذلك فإن تصرفات البائع خلال هذه المدة لا تسري في حق الشفيع المعلن لرغبته، وإنما تنفذ في حقه التصرفات السابقة عن إعلان الرغبة، أما رأي جمهور [2] الفقهاء فقد ذهبوا إلى القول بعدم نفاذ تصرفات البائع في مواجهة الشفيع متى أعلن رغبته ودون انتظار حكم القضاء، أما قبل إعلان الرغبة، فالبائع حر في التصرف في ملكه.

الفرع الثالث: علاقة الشفيع بالمشتري

تنشأ هذه العلاقة نتيجة حلول الشفيع محل المشتري في بيع العقار المشفوع فيه، فهي علاقة قانونية تنتج إثر الالتزامات المتبادلة بين الشفيع والمشتري، لا علاقة تعاقدية، والغالب في هذه الحالة أن المشتري قد تسلم العقار من البائع وقام بدفع الثمن إليه، وسواء سجل عقد شرائه أم لم يسجله يتحمل كل منهما مسؤولية الالتزام نحو الآخر، ونبين هذه الالتزامات فيما يلي:

أولا: التزامات الشفيع:

عند حلول الشفيع محل المشتري يكون من حق المشتري استرداد ثمن البيع أو المصاريف التي أنفقها على العقار المشفوع فيه إن وجدت، كما أنه يلتزم بالتعويض في حالة البناء والغراس فوق العقار المشفوع فيه، وللحديث عن هذه العلاقة القائمة بين الشفيع والمشتري، حق لنا الإشارة إلى مسألتين في العرض الآتي:

1-التزام الشفيع بدفع ثمن المبيع والمصاريف : إذا تمت الشفعة بالتراضي فعلى الشفيع أن يدفع فورا الثمن المتفق عليه إلى المشتري، ولا يجوز لهذا الأخير أن

---

[1]-حاشية ابن عابدين، ج6، ص228-235.

[2]-الدردير، المرجع السابق، ص433.

-بن قدامى المقدسي، المرجع السابق، ص476.

يطلب من الشفيع ما يزيد عن الثمن الذي قام بالوفاء به إلى البائع، بحجة ارتفاع قيمة العقار، وبالمقابل فإنه لا يجوز للشفيع كذلك أن يطلب إنقاص ثمن المبيع بحجة انخفاض قيمته[1].

وفي حالة إخلال الشفيع بالتزاماته لا يمكن للمشتري فسخ البيع، فبوفائه بثمن المبيع للبائع يكون قد وفا دينا واجبا في ذمته، ويرجع المشتري على الشفيع في هذه الحالة طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب، ليسترد الثمن الذي دفعه للبائع، وذلك بالتنفيذ على أموال الشفيع أو حبس العقار المشفوع فيه.

أما إذا تمت الشفعة بالتقاضي، يكون الشفيع قد قام بإيداع الثمن لدى الموثق وفقا لأحكام المادة 02/801 من القانون المدني، فما على المشتري إلا سحب ذلك الثمن المودع بالخزينة العمومية.

ويحق للشفيع أن يسترد المصروفات التي التزم بها عند شراء العقار، رسمية كانت، كرسوم التوثيق ورسوم الشهر، أو غير رسمية كالسمسرة وأتعاب المحاكمات، وهذا ما نصت عليه المادة 393 من القانون المدني، زيادة على ذلك قد ينفق المشتري على العقار المشفوع فيه بعد أن تسلمه من البائع مصروفات ضرورية أو نافعة، أو كمالية، وهنا يعتبر المشتري حائزا للعقار المشفوع فيه، فيرجع بهاته المصروفات على المالك –وهو الشفيع– طبقا للقواعد العامة[2]، بحسب ما جاء في نص المادة 839 من القانون المدني التي نصت: «على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة.

وفيما يرجع إلى المصروفات النافعة تطبق المادتين 784 و785.

وإذا كانت المصروفات الكمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها، غير أنه يجوز له أن يزيل ما أحدثه من المنشآت بشرط أن يرد الشيء بحالته الأولى إلا إذا

---

[1]–حسن كيرة، المرجع السابق، ص664.

[2]–مصطفى مجدي هرجة، المرجع السابق، ص185–186.

–عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص489.

أختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها في حالة الهدم».

هذا عن الثمن المبيع والمصاريف، فما مصير إقامة المشتري في العقار المأخوذ بالشفعة من بناء أو غراس؟

2-حكم البناء أو الغراس: نصت المادة 805 من القانون المدني على أنه: «إذا بنّى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجارا قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة وإذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء أو أجرة العمل أو نفقات الغراس». يستفاد من نص المادة أن حالة بناء أو غراس المشتري في العقار المشفوع فيه، وتختلف آثارها تبعا لوقت إقامتها، وسنناقش ذلك فيمايلي:

أ-حكم البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة : في هذه الحالة لا يحق للشفيع طلب الإزالة للبناء أو الغراس الذي أقامه المشتري إذا تم قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، أي قبل حلول الشفيع محل المشتري، فإذا لم يزل هذا الأخير البناء أو الغراس، فيلتزم الشفيع بتعويض المشتري عنه، إما بمبلغ نفقات البناء أو الغراس، أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب هذه الأعمال، على أن يكون الخيار للمشتري بين القيمتين[1].

ونلاحظ أن المشرع في هذه الحالة يخرج عن القواعد العامة في الالتصاق، حيث عامل المشتري أفضل من معاملته للباني أو مقيم المنشآت حسن النية في أرض الغير، طبقا لأحكام المادة 1/785 من القانون المدني، الذي يكون له الخيار في تعويضه لصاحب الأرض الذي يختار أقل القيمتين لا أكبرهما، وأساس ذلك أن

---

[1]-أنور طلبة، الشفعة والتحيل لإسقاطها، مرجع سابق، ص511-512.

المشتري عندما بنى أو غرس في العقار المشفوع فيه كان في أرضه، ولا يوجد بذلك أي مانع يمنعه من ممارسة الملكية على ملكه[1].

وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية المذهب نفسه، غير أنهم فرقوا بين التصرفات التي ينشئها المشتري والعقود التي يبرمها، وبين نماء المشفوع فيه وزيادته، سواء أكان هذا النماء طبيعيا أم محدثا.

فيما يخص التصرفات والعقود المنشأة من قبل المشتري قبل إعلان الشفيع رغبته، فقد اتفقت المذاهب الأربعة على عدم جواز نقض هذه التصرفات والعقود، إلا ما كان لا شفعة فيه ابتداء، مثل الرهن، والإجازة والإعارة.

أما فيما يخص النماء الطبيعي أو المحدث، الذي ينشئه المشتري قبل إبداء الشفيع لرغبته فإن المذاهب الأربعة جعلته من حق المشتري على قول المالكية «الغلة قبل الشفعة للمشتري».

ب-حكم البناء والغرس بعد إعلان الرغبة: إذا قام المشتري ببناء أو غراس في العقار المشفوع فيه، بعد إعلان الشفيع لرغبته، فللشفيع أن يطلب الإزالة طالما أن إقامة البناء أو الغراس نمت بعد حلوله، ويكون ذلك على نفقة المشتري مع التعويض إذا اقتضى الأمر، أما إذا اختار أن يستبقي على البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء ونفقات الغراس، وتقدير هذه النفقات والمصروفات متروك لسلطة القاضي التقديرية.

ويعامل المشرع بذلك المشتري -من حيث مقدار التعويض- معاملة أفضل من الباني أو مقيم منشآت سيئ النية وفقا لأحكام الالتصاق الواردة في المادة 01/784 من القانون المدني، الذي لا يستحق إلا أقل القيمتين: قيمة المنشآت المستحقة الإزالة، أو قيمة ما زاد عن ثمن الأرض نتيجة إقامة المنشآت، ولعلّ السبب في ذلك أن المشتري لا يعتبر بانيا أو غارسا في أرض الغير، إذ تظل له الملكية إلى أن يحكم

---

[1] -عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في القوانين العربية، المرجع السابق، ص201.

بالشفعة، وإن ثار خلاف حول وقت إقامة البناء أو الغراس وادعى المشتري إقامتها قبل إعلان الرغبة، بينما تمسك الشفيع بإقامتها بعد إعلان الرغبة، تحمل هذا الأخير عبء إثبات ما يدعيه، لأن الظاهر يؤيد المشتري، خاصة إذا تقدم بعقود تحمل تواريخ سابقة على إعلان الرغبة.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد سبق القول بأنهم يميزون بين العقود والتصرفات التي يبرمها المشتري بعد إعلان الشفيع لرغبته، وبين نماء المشفوع فيه وزيادته.

أما بالنسبة للعقود والتصرفات المبرمة من قبل المشتري بعد إعلان الشفيع لرغبته فإن المذاهب الأربعة اتفقت على جواز نقض بعض التصرفات الناقلة للملكية، وهو البيع بعد حكم القاضي بالشفعة لمستحقها، لتعلق حق الغير في البيع، كما اتفقوا على جواز نقض الرهن والإجازة والإعارة وغيرها[1]،مما لا شفعة فيه ابتداء، وفي حالة البيع يخير الشفيع بين أن يأخذ العقار المبيع الذي تم به شراء الأول أو الثاني، لأن كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الشفعة، ولأن حق الشفيع سابق على هذا التصرف فلا يبطل[2].

أما بالنسبة لنماء المشفوع فيه وزيادته، فيفرق الفقهاء بين حالتين:

الحالة الأولى: النماء الطبيعي: إذا نما المبيع في يد المشتري كان ثمر الشجر في يده بعد الشراء، قال الحنفية: «بأحقية الشفيع في أخذ هذا الثمن لأنه مبيع تابع لأصله»، وقال المالكية «للمشتري المأخوذ منه بالشفعة غلة الشقص [*] المشفوع فيه التي استغلها قبل أخذه منه بالشفعة لأنه كان ضامنا له»[3].

---

[1]–الدردير، المرجع السابق، ص433.

[2]–شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص143–144.

[*]–الشقص: النصيب –السهم– القطعة من الشيء أو من الأرض.

[3]–ابن عابدين، المرجع السابق، ص228–235.

–الدرديري، المرجع السابق، ج3، ص494.

أما الشافعية والحنابلة، فقالوا: «بأن الشفيع يأخذ المبيع مع زيادته متى كان النماء متصلا، أما إذا كان النماء منفصلا فهو للمشتري دون الشفيع، ومثاله الثمرة الظاهرة والطلع المؤبر، وعلة ذلك كون الثمر حدث في ملك المشتري، ولذا فلا يتبع المبيع»[1].

الحالة الثانية: الزيادة المحدثة: قد يحدث المشتري زيادة في العقار المشفوع فيه، كالزرع أو الغرس أو البناء، على هذا فرق الفقهاء بين الزرع الذي له نهاية معلومة والبناء والغراس.

إذا كان الزرع له نهاية معلومة، فالشفيع يأخذ بالشفعة والزرع من حق المشتري، على أن يبقى في الأرض إلى وقت الحصاد، والأجرة على المشتري عند الحنفية، عن المدة التي تمضي بين القضاء بالشفعة وبين الحصاد، وليس عليه أجرة عند الشافعية والحنابلة، لأنه زرع في ملكه.

أما حالة البناء والغراس، فالشفعة للشفيع، حيث ذهب جمهور الفقهاء، عدا الحنفية، إلى القول بأن للمشتري الخيار في القلع أو الإزالة، فإن اختار ذلك لم يمنع وإن لم يكن هنالك ضررا، إذ لا ضرر ولا ضرار، لأنه ملكه، وإن لم يختر المشتري القلع، فالشفيع الخيار بين ترك الشفعة، ودفع قيمة البناء أو الغراس مستحق البقاء[2].

أما الحنفية فذهبوا إلى القول بأنه متى بنا المشتري أو غرس فيما اشتراه ثم قضي للشفيع بالشفعة، كان له الخيار: إن شاء كلف المشتري بالقلع وتخيلية الأرض مما أحدث فيها، لأنه وضعه في محل تعلق به حق متأكد للغير من دون إذن، وتكون الأنقاض للمشتري لا للشفيع لزوال التبعية بالانفصال.

وإن شاء أخذ الأرض بالثمن الذي دفعه المشتري، على أن يدفع قيمة البناء

---

[1]–أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص167 وما بعدها.

–ابن قدامى المقدسي، المرجع السابق، ص476 وما بعدها.

[2]–ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دط، دم، دت، ص426.

أو الغراس مقلوعا، أي مستحق القلع أنقاضا[1].

من خلال ما سبق ذكره، نلاحظ مدى توافق رأي الشريعة الإسلامية، ولا سيما رأي الحنفية مع ما أقره المشرع بنصوص القانون المدني، المادة 805 منه.

ثانيا: التزامات المشتري:

من حقوق الشفيع اتجاه المشترين تسلم العقار المشفوع فيه واسترداد الثمار، أي حيازة العقار وما زاد من قيمته من بناء أو غراس إذا اضيف إلى العقار، ونناقش هذين المسألتين على التعاقب فيمايلي:

1-التزام المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع:

إذا كان المشتري قد تسلم العقار المشفوع فيه من البائع فإنّه يلتزم بتسليمه للشفيع على الحالة التي كان عليها وقت البيع وبالمقدار الذي ذكره في العقد، ويتم التسليم بوضع العقار تحت تصرف الشفيع، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق.

وتبدو أهمية التسليم في تبعة الهلاك، التي تقع على الشفيع إذا هلك العقار بسبب أجنبي، وهو في يد المشتري قبل إعلانه بالرغبة في الشفعة على اعتبار أن المشتري حائز حسن النية، كما تكون تبعة الهلاك على المشتري إذا هلك العقار وهو في يده بعد إعلانه بالرغبة في الشفعة باعتباره حائز سيئ النية[2]، إلا إذا أثبت أن العقار كان يستهلك ولو كان في يد الشفيع، وذلك عملا بنص المادين 842، 843 من القانون المدني.

---

[1]-محمد الخطيب الشربيني، معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، بيروت، لبنان، دار الفكر، ص304.

[2]-مصطفى مجدي هرجة، المرجع السابق، ص187.

-عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المرجع السابق، ص512-513.

2-التزام المشتري برد ثمار المشفوع فيه للشفيع:

من المتفق عليه استحقاق الشفيع للثمار التي يغلها العقار المشفوع فيه إلى حين تسلمه، ولما كان المشرع له يخص هذه المسألة بنص في أحكام الشفعة، نرى أنها تخضع لأحكام قواعد الحيازة باعتبار المشتري حائز لملك الشفيع، فتنص المادة 837 من القانون المدني «يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية...»، ولما كان المشتري قبل شهر إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يعتبر حائز النية فإنّه لا يلتزم برد الثمار إلى الشفيع على اعتبار أنها ملك له.

وبالمقابل تكون الثمار التي طلبها المشتري أو قصر في قبضها بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة ملكا للشفيع باعتبار المشتري في هذه الحالة سيء النية، فيلتزم بردها إلى الشفيع ويتحمل هذا الأخير تكاليف جمع هذه الثمار طبقا لنص المادة 838 من القانون المدني «يكون الحائز سيء النية مسؤولا عن جميع الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيئ النية، غير أنّه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها...».

واستنتج هذا من الخلاف الفقهي والقضائي حول الوقت الذي يرد عليه استحقاق الثمار[1].

الفرع الرابع: علاقة الشفيع بالغير

تظهر هذه العلاقة إذا ما ترتبت حقوق عينية على العقار المشفوع فيه، وبناء على ذلك نصت المادة 806 من القانون المدني على أنه: «لا تكون حجة على الشفيع، الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر إعلان بالرغبة

---

[1]-حسن كيرة، المرجع السابق، ص666، 767.

- عبد المنعم ورج الصدة، الملكية في القوانين العربية، المرجع السابق، ص196 وما بعدها.

في الشفعة على أنّه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار».

يتطرق النص إلى مجمل الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه، حيث يميز بين الحقوق العينية التي تترتب على العقار المشفوع فيه من طرف المشتري أو البائع ومتى تسري هذه الحقوق في حق الشفيع، مع العلم أنّه لا ينقد في حق الغير الذي تم التصرف عليهم في العقار المشفوع فيه، أو ترتب لهم عليه حقوق إلا بتسجيل إعلان الرغبة، وكان المشرع صريحا بشأن ذلك وفقا لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 801 من القانون المدني، وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في اجتهادها[1].

وفي هذه الحالة يجب التفرقة بين الحقوق العينية التي ترتب على العقار المشفوع فيه، قبل وبعد تسجيل الرغبة في الأخذ بالشفعة، من قبل البائع أو المشتري.

ونتناول ذلك فيمايلي:

أولا: الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل الرغبة:

وقد تترتب هذه الحقوق من جانب البائع أو المشتري.

1-الحقوق العينية التي رتبها البائع:

إذا رتب البائع حقوق عينية أصلية على العقار المشفوع فيه، كحق انتفاع أو حق ارتفاق، أو حقوق عينية تبعية كأن يرهنه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا، أو يأخذ عليه حق اختصاص من دائني البائع، أو يرتب عليه حق امتياز يكفل دينا في ذمة البائع، فالقاعدة بشان هذه التصرفات طالما ترتبت قبل تسجيل الشفيع وإعلان رغبته في الشفعة، فهي تسري في حقه، شريطة أن يكون صاحب هذا الحق -المتصرف إليه- قد شهر حقه قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه [2]، فإن تحقق ذلك فإن العقار ينتقل للشفيع مثقلا بهذه الحقوق، ويكون لهذا الأخير الرجوع على البائع بدعوى الضمان

---

[1]-قرار رقم 76678 المؤرخ في 24-12-1991، المجلة القضائية، 1993، ع1، ص69.

[2]-أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، المرجع السابق، ص462-463.

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج9، ص776-777.

والاستحقاق طبقا لنص المادة 804 من القانون المدني.

2-الحقوق العينية التي رتبها المشتري:

إذا رتب المشتري حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه، وأشهر صاحب هذا الحق التصرف الصادر إليه بمكتب المحافظة العقارية قبل شهر الشفيع إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، فينتقل العقار لهذا الأخير مثقلا بهذا الحق، ولا يكون له سوى الرجوع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب[1].

كما تسري في حق الشفيع الحقوق العينية التبعية التي يرتبها المشتري على العقار فتنتقل الملكية مثقلة بهذه الحقوق، ويكون الشفيع أن يرجع على المشتري بالتعويض على أساس المسؤولية التقصرية.

ذلك لأن الشفيع كان بإمكانه الإطلاع على وضعية العقار عن طريق استلام كشف الحالة العقارية للعقار المشفوع فيه، كما كان بإمكانه معرفة الوضعية القانونية للعقار قبل الشروع في اتخاذ التدابير والإجراءات الخاصة بالصفقة، وبذلك لا يجوز له أن يدعي أنّه يجهل هذه الحقوق التي ترتبت على العقار.

إذن فما حكم نفاذ هذه التصرفات أو الحقوق بعد تسجيل الرغبة في الشفعة؟

ثانيا: الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل الرغبة في الشفعة:

قد تترتب هذه الحقوق من جانب البائع أو المشتري.

1-الحقوق العينية التي رتبها البائع:

إذا رتب البائع على العقار المشفوع فيه حقوق عينية أصلية أو تبعية، ولم تشهر أو تسجل إلا بعد تسجيل الشفيع لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، أو بعد أن يسجل المشتري عقد شرائه، فإن هذه الحقوق لا تسري على المشتري ومن ثم لا تسري على

---

[1]-عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص524.

الشفيع، وبالتالي فإن العقار يخلص للمشتري والشفيع خاليا منها، ويبقى للدائنين المقيدة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للبائع من ثمن العقار أو فيما آل للمشتري من ثمن العقار بعد أخذه بالشفعة، وذلك طبقا لأحكام المواد 907، 947، 986 من القانون المدني.

2-الحقوق العينية التي رتبها المشتري:

طبقا لنص المادة 806 من القانون المدني فإن الحقوق العينية التي يرتبها المشتري على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، لا يسري في حق الشفيع، والسبب في ذلك أن المشتري ولو أنّه يعتبر مالكا ظاهرا، إلا أنّه يتعامل في العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، فتعامله يكون ناجما عن سوء نية، فلا يعتبر من يتعامل معه حسن النية إذا كان بإمكان الدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز أن يكشف حقيقة العقار من خلال البطاقات الموجودة على مستوى الشهر العقاري(1).

ومثال ذلك، إذا كان التصرف بيع بعد البيع الأول، فلا يسري في حق الشفيع البيع الثاني بحيث يكون له الحق أن يأخذ بالشفعة من المشتري الأول وبالشروط التي اشترى بها، ولكن إذا وجد الشفيع أن مصلحته أن يشفع في البيع الثاني -إذا كان الثمن فيه أقل مثلا- كان له ذلك، ولكن بإجراءات جديدة وفي المواعيد المقررة.

أما إذا كان هذا التصرف رهنا أو تأمينا أو حق اختصاص، ولم يتم قيد هذه الحقوق إلا بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، فلا تسري هذه الحقوق بالنسبة إلى الشفيع، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا منها(2).

إلا أنّ المادة أبقت الدائنين المسجلة ديونهم ومالهم من حقوق الأفضلية على ثمن العقار المبيع الذي تم إيداعه الخزينة العمومية عن طريق الموثق، بمعنى أنّه في هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق الأولوية على ما آل المشتري من ثمن العقار، وعلى هذا فإن

---

(1)-مصطفى لعروم، مجلة الموثق، ع8، المرجع السابق، ص11.

(2)-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج9،

الدائن الذي قيد حقه يتقدم على دائني المشتري العاديين في الثمن المودع لدى الموثق قبل رفع دعوى الشفعة، وذلك ما أكدته المادة 806 من القانون المدني[1]

وخلاصة لما سبق ذكره، فإن علاقة الشفيع بالغير، تظهر إذا رتب المشتري أو البائع على العقار المشفوع فيه حقوق عينية أصلية أو تبعية، فمتى أنذر الشفيع بوقوع البيع يتعين عليه أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري، والقانون لم يلزم الشفيع بتسجيل إعلان الرغبة، ولكن التسجيل مقرر لمصلحة هذا الأخير، لأنه يحول دون نفاذ تصرفات المشتري على العقار، وحجة على الغير،وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقرارها الصادر بتاريخ 24-12-1991، ملف رقم 75678 والذي جاء نصه كالتالي:« إذا كان مؤدي المادة 801 من القانون المدني أنها تشترط لصحة إجراءات طلب الشفعة، وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة وإشهاره من تم النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون، غير سليم يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لرفضهم دعوى الشفعة المقامة من الطاعنين لعدم احترام الإجراءات، طبقوا صحيح القانون»[2].

إن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتحدثوا عن علاقة الشفيع بالغير، بل إن جل تركيزهم كان على علاقة الشفيع بالبائع، وخصوصا علاقة الشفيع بالمشتري.

المطلب الثاني: سقوط الحق في الشفعة:

عدد المشرع مسقطات الحق في الشفعة بالنص في المادة 807 من القانون المدني على أن: «لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية:

-إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع.

-إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون».

لقد تبين مما تقدم أنّه يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، إذا زال سببها بانتقال

---

[1]-أحمد خالدي، المرجع السابق، ص302-303.

[2]-المجلة القضائية، ع1، 1993، ص69.

الحق إلى الغير أو تغير محله، ورأينا سابقا أنه إذا وجه إلى الشفيع إنذار رسمي من البائع أو المشتري فإن حقه في الأخذ بالشفعة يسقط إذا لم يعلن رغبته في الأخذ بها خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الإنذار، كما يجب خلال هذه المدة من تاريخ إعلان الرغبة أن يودع لدى الموثق الثمن الذي حصل به البيع ويرفع دعوى الشفعة، وإذا لم يوجه الإنذار إلى الشفيع ولم يسجل البيع فإن حقه يسقط إذا لم يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة خلال سنة من تاريخ شهر عقد البيع بالمحافظة العقارية، أو بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ البيع طبقا للقواعد العامة.

فضلا عن هذه الأسباب التي تسقط بها الشفعة بقي تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة كفرع أول، ثم تبين إذا كان موت الشفيع يؤدي إلى سقوط حقه في الفرع الثاني، وتخصص الفرع الثالث لتحايل البائع والمشتري لإسقاط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة.

الفرع الأول: نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة:

إن نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع جاء خلافا للقواعد العامة التي تجيز النزول عن الحقوق بعد ثبوتها، حيث وسع في مفهوم النزول عن الحقوق، حتى قبل نشوئها والنص صريح في ذلك، حتى يستطيع المشتري أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء، وكذلك اتباعا لسياسة التضيق من الحق في الأخذ بالشفعة[1].

والتنازل تصرف قانوني قد يكون صريحا أو ضمنيا، ويكون في أي مرحلة من مراحل الإجراءات التي قد يباشرها الشفيع إلى يوم صدور الحكم بثبوت الشفعة، أو يسلم المشتري بها.

والنزول عن الشفعة قد يكون صريحا، كأن يحصل المشتري من الشفيع على تنازل قبل أن يتعاقد مع مالك العقار المشفوع فيه، ويتم ذلك إما بالكتابة الرسمية

---

[1]–حسن كيرة، المرجع السابق، ص643.

أو العرفية، كما يجوز أن يكون شفاهة، ويقع على المشتري عبء الإثبات وفقا للقواعد العامة.

وقد يكون النزول ضمنيا، بأن يأخذ الشفيع موقفا بكشف يوضح في دلالته عن هذا التنازل، كتعامل الشفيع مع المشتري باعتباره مالكا للعقار، أو قيامه بالوساطة في البيع بين البائع والمشتري، أو الاتفاق على ترتيب ارتفاق بين العقار بعبارة أخرى كل تصرف أو عمل يصدر من الشفيع يفيد تنازله عن حقه في الأخذ بالشفعة[1].

وما تجدر الإشارة إليه، أنّه لا يعتبر تنازلا ضمنيا أن يرفض الشفيع أخذ العين المشفوع فيها بالثمن الذي يطلبه المشتري، لكثرة هذا الثمن عن الثمن الحقيقي [2]، لذلك ينبغي التشديد في استخلاص النزول الضمني فهو من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع.

وما دام النزول عن الشفعة يؤدي إلى سقوط الحق فيها فلا يجوز التوسع في تفسيره بحيث يؤخذ في الحدود التي اتجهت إليها الإرادة دون الزيادة باعتباره استثناء من الأصل.

الفرع الثاني: موت الشفيع

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول هذه المسألة، حيث ذهب الحنفية إلى أنّه إذا مات الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع فيه بالتراضي أو قضاء تبطل الشفعة بموته، سواء مات قبل الطلب أو بعده، فلا ينتقل حقه فيها إلى ورثته، لاعتبار حق الشفعة مجرد إرادة ومشيئة، وليس بمال[3].

أما المالكية والشافعية فذهبوا إلى أن حق الشفعة لا يبطل بموت الشفيع، بل

---

[1]–عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ص502.

–إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص530.

[2]–أحكام محكمة النقض المصرية مشار إليها في كتاب أنور طلبة، الشفعة والتحايل لإسقاطها، المرجع السابق، ص530–531.

[3]–ابن عابدين، المرجع السابق، ص240–242.

يورث عنه، ويقوم ورثته مقامه، فالوارث خليفة المورث فيما كان له من حقوق[1].

وعند الحنابلة إذا مات الشفيع قبل الطلب بها فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة، أما إذا طالب الشفيع الأخذ بالشفعة، ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة، لأن الحق يتقرر بالطلب، ولذلك لا يسقط تأخير الأخذ بعده وقبله يسقط[2].

أما القانون المدني الجزائري لم يتضمن النص على هذه الحالة [*]، ولكن بالرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني نجدها تنص على أنّه: «إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...»، واعتبار أن أحكام الشريعة هي المصدر التاريخي لأحكام الشفعة، إلا أنها لم تستخلص حكم راجح في هذا الخلاف.

وخلاصة القول أن الشفعة بحكم طبيعتها تلازم (تتصل) العقار المشفوع فيه فلا وجود لها بدون هذا الأخير، ومقتضى ذلك إذا انتقل العقار إلى الوارث، ينتقل معه حق أو خيار الشفعة، فمن المعروف أن الوارث تنتقل إليه الحقوق والخيارات التي كانت المورثة، فإذا مات الشفيع قبل أن يتخذ إجراء من إجراءات الشفعة، كان لمورثه أن يباشرها قبل فوات الميعاد، وإذا رفع الشفيع الدعوى قبل موته، كان على المورث أن يستمر فيها حتى يتم له الأخذ بالشفعة، إذن لم تقرر الشفعة للمورث لشخصه، بل تقررت له بصفته مالكا للعقار المشفوع فيه.

وبذلك لا يعد موت الشفيع مسقطا للحق في الشفعة، وهو ما ذهب إليه الفقه القانوني والعديد من شراح القانون المدني.

---

[1]-الدرديري، المرجع السابق، ج3، ص484-486.

-أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ج14، ص155-159.

[2]-ابن قدامى المقدسي، المرجع السابق، ص324 وما بعدها.

[*]-بعكس بعض التقنيات العربية، نصت المادة 3/1133 مدني عراقي على أنّه «ومتى تثبت الشفعة فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفيع.

ونصت المادة 243 من قانون الملكية العقارية اللبناني على أن: «ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته، ولا يجوز التفريغ عنه لشخص آخر».

الفرع الثالث: التحايل لإسقاط الحق في الشفعة:

التحايل، غش وتدليس، يتمحص عن واقعة مادية يجوز للشفيع إثباتها بكافة طرق الإثبات المقررة قانونا، وقد يلجأ إليه البائع أو المشتري لإسقاط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، وللتحايل أوجه وصور كثيرة تعالجها على النحو التالي:

1-تجزئة العقار المبيع:

قد يشتري المشتري أسهم شائعة في العقار ويقوم بتسجيلها ليصبح شريكا في الشيوع، وبعد انتهاء مدة السنة من يوم تسجيل عقد البيع، يظهر المشتري العقد على أنّه أبرم بعد سقوط حق الشفيع في البيع الأول، ولا حق لهذا الأخير في البيع الثاني باعتبار أن المشتري شريك مشتاع، وإذ تقرر التحايل أصبح العقد نافذا وغير مسجل، ويحق للشفيع أن يأخذ بالشفعة في العقدين معا، لاعتبارهما صفقة واحدة في الأصل.

2-قيام المشتري ببيع العقار ببيع صوري:

يلجأ المشتري في هذه الحالة بإبرام عقد بيع صوري بشروط أكثر كلفة أو لشخص تمنع الشفعة بالنسبة له محاولة لإسقاط حق الشفيع، حيث يقوم هذا الأخير بإثبات الصورية، وقد يخفق في ذلك فيسقط حقه، وتم تفصيل ذلك فيما تقدم.

3-ستر البيع في عقد الهبة:

المقرر أن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع، وبالتالي فإنها لا تجوز في عقد الهبة ولو بعوض، فقد يقوم البائع أو المشتري بصياغة عقد البيع في شكل هبة ويكون هذا العقد هو الظاهر والساتر لعقد البيع الحقيقي، فيتمكن المتبايعان من منع الشفعة، وهذه الحيلة تخضع لأحكام الصورية[1].

4-شراء العقار لبناء محل للعبادة:

في هذه الحالة ينذر المشتري الشفيع بالبيع ويتضمن الإنذار أن الشراء تم يقصد إنشاء محل للعبادة، وهو مانع من موانع الشفعة عملا بنص المادة 798 من القانون

[1]-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج9، ص495-496.

المدني، فيمنع عندها الشفيع من اتخاذ إجراءات الشفعة في المواعيد المقررة، أما إذا تقرر التحايل كان للشفيع أن يباشر هذه الإجراءات في أي وقت، كما لو كان لم ينذر.

5-ستر البيع في عقد مقابضة:

قد يدفع الثمن في عقد البيع على شكل نقود، أو شيء آخر -منقول أو عقار- ليتمكن المتبايعان من منع الشفعة استنادا إلى أن التصرف مقايضة بمعدل مما لا يجوز فيه الشفعة، وعليه يجب تكييف التصرف بالنظر إلى العنصر الأساسي في المقابل، فإن تمثل في النقود، كان التصرف بيعا تجوز فيه الشفعة، أما إن تمثل في الشيء، كان مقايضة لا تجوز فيها الشفعة.

والحيل لا تنحصر فيما أوردناه وإنمّا هي كثيرة ومتعددة.

أما لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد تردد القول في التحيل بين الإباحة والكراهة، فالقول الراجح عند الحنفية عدم الكراهة، إذا كان الشفيع غير محتاج إلى الشقص وإلا تكون الحيلة مكروهة[1].

وفي جانب ما ذكره المالكية بأن من أكل أموال الناس بالباطل[2]، وتردد القول كذلك عن الشافعية بين الكراهة والحرمة، إذ قال بعضهم بالكراهة المطلقة، والبعض قال بالكراهة إذا كانت الحيلة قبل البيع وأما بعده فحرام[3].

ومنع الحنابلة الحيل فهي لا تجوز عندهم في شيء من التصرفات[4].

ولما كانت الشفعة قد شرعت لدرأ الضرر عن الشفيع، وأن من شأن التحيل المساس بذلك لما يترتب عليه من إسقاط الحق في الشفعة، وبالتالي يؤدي إلى تحقق الضرر، وكان ذلك كافيا لتوافر أركان المسؤولية التقصيرية في جانب المشفوع ضده، باعتبار أن التحيل خطأ تقصيري يترتب عليه توافر الضرر بالنسبة للشفيع، فيكون له

---

[1]-حاشية ابن عابدين، ص245-246.

[2]-الدردير، حاشية الدسوق على الشرح الكبير، المرجع السابق، ص278.

[3]-ابن شهاب الرملي، المرجع السابق، ص207.

[4]-بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص353-354.

التمسك به، فإذا قضى له بالشفعة انتفى الضرر وانتفت المسؤولية، عملا بقاعدة الغش يبطل التصرفات والإجراءات بدون حاجة إلى نص في القانون يقرر ذلك والتحيل وجه من أوجهه[1].

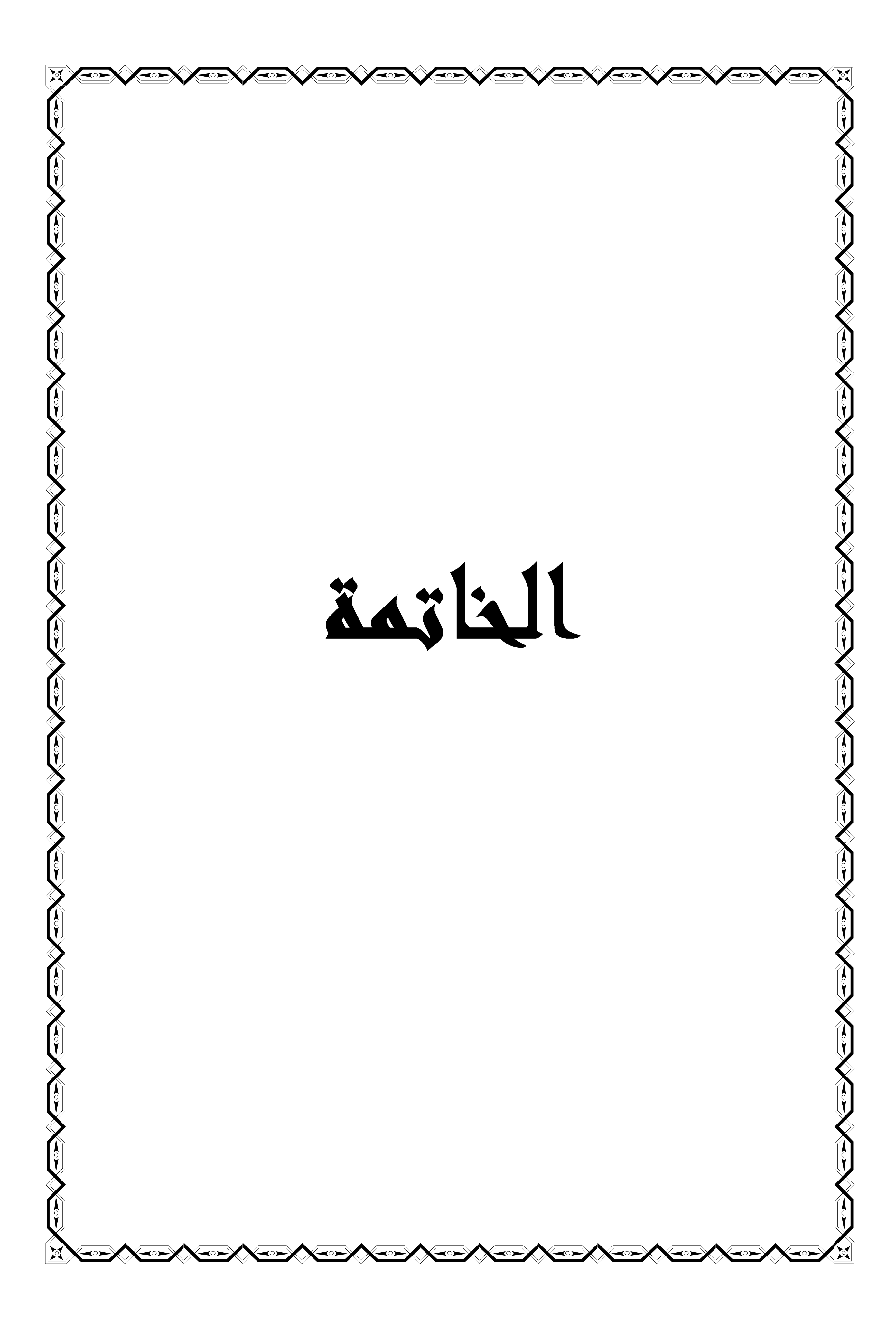
هذا ما يمكن استخلاصه بالنسبة لآثار الشفعة التي تقوم على فكرة تفضيل الشفيع على المشتري في بيع المشفوع فيه، فأثرها المباشر هو حلول الشفيع محل المشتري، ولا تعد بقية الآثار من علاقة المشتري بالشفيع والشفيع بالغير إلا تجسيدا لهذا الحلول.

وعلى الرغم من أن حق الشفعة شرع لحماية المصلحة الخاصة للشفيع، بمنع دخول الأجنبي إلى الشيوع وتجميع الملكية رقبة وانتفاعا في يد واحدة، لكن مع ذلك توسع المشرع في مسقطاتها.

أما حضره للتحايل فمن باب أن هذا الأخير محالف للشرع والقانون باعتباره من قبيل الغش.

---

[1]–أنور طلبة، الشفعة والتحايل لإسقاطها، المرجع السابق، ص560–561.



الخاتمة

الأصل أن الإنسان حرفي تملك ما شاء من أموال منقولة أو عقارية، وعلى هذا كانت له الحرية التامة في التصرف فيما يملك، متى كان تصرفه في إطار مشروع.

والشفعة كما عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية «هي استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته الذي باع به بصيغة».

أما في القانون المدني الجزائري فالشفعة رخصة تحيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المادة 794 منه، بهذا المعنى لم تخرج عن معناها اللغوي والشرعي وهو الضم، والخلاف الواضح بين التعريفين هو خلاف لفظي أو خلاف مبني على رأي المذهب الخاص به.

ولما كان رضا المشتري والبائع ليس شرطا للأخذ بالشفعة لذلك فهي نظام استثنائي مقرر على خلاف الأصل، بما تحدثه قيود على حرية التعاقد وعلى حق التصرف وحق الملكية بوجه عام، مما يقتضي عدم التوسع في تفسير النصوص الضابطة لأحكامها.

وتكييف المشرع للشفعة على أنها رخصة يعد حسما منه للخلاف الفقهي الواقع حول هذا الموضوع، فلا نحتاج من الناحية العملية إلى تكييفها على أنها تمليك أو رخصة أو غير ذلك وإنما يكفي في الجانب العملي أخذها بالمفهوم العام، أنها سبب من أسباب كسب الملكية، ولا يمكن ممارسة حق الشفعة إلا بتوافر شروط معينة، من شأنها أن تولد مراكز قانونية لأشخاص حصرهم القانون بشكل تنازلي في مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة، للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي، ولصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها، وترتيبهم بهذا الشكل يرمي إلى بيان طبقة كل منهم، ترتيبا يتعين الأخذ به إذا قام سبب الشفعة في أكثر من شخص وإضافة إلى هذه الشروط ماهو متعلق بالأعيان التي تجوز الشفعة فيها، حيث تبين لنا أن القوانين الوضعية لم تذهب مذهبا واحدا فيها، فبعضها ومعهم جانب من الفقه يجيز الشفعة في العقار والمنقول، أما القانون المدني الجزائري، فقد اشترط أن يكون المبيع عقارا ولا شفعة في المنقول، حيث خص هذا النظام بديل

وهو حق الاسترداد. كما قصر المشرع الجزائري الشفعة على عقد البيع فقط دون غيره من التصرفات القانونية وكونها سبب من أسباب كسب الملكية فهي ترد على البيع الأول إذا كان هو التصرف الوحيد الذي ورد على العقار، فإن توالت البيوع فإن الشفعة لا تقبل إلا بالنسبة لآخر تصرف بشروطه ومواعيده كما لو كان هو التصرف الوحيد ويستوي أن يكون مسجلا أو لا. وغرض المشرع هو التضيق من نطاق الشفعة، وزيادة لهذا الأخير –التضيق- اشترط في الأخذ بالشفعة أن لا يكون البيع قد صدر إلى أقارب البائع لما للروابط العائلية من تأثير على العلاقات التعاقدية، أو يكون البيع قد حصل بالمزاد العلني، أو كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة، واستثناء، فإن هذه البيوع تعد حسن نظر من جانب المشرع.

وقد منح حق الأخذ بالشفعة للدولة بموجب جملة من القوانين منها: قانون 19/87 الذي يعد الحل الوسط بين الخوصصة والتملك، حيث أقر ملكيتين على الأرض الفلاحية الواحدة، ملكية الرقبة الدولة، وملكية حق الانتفاع للمستفيد، وقانون التوجيه العقاري الذي وضع مقدمات السياسة العقارية وتطهير العقار، حيث وسع حق الشفعة إلى المجاورين وحصرها في الأراضي الفلاحية دون تحديد شروط تطبيقها، وزيادة على شفعة الجار، فقد أنشأ قانون النشاط العقاري حق الشفعة لصالح المستأجر الشاغل للأماكن في حالة بيع البناية التي يملكها الشخص المعنوي إلى أجزاء بموجب المادة 23 منه.

وقد أكد قانون الأملاك الوطنية الطابع الاستثنائي لحق الشفعة في مادته 26 لما تمارسه في إطار القانون العام لتكوين الأملاك الوطنية بنوعيها العمومية والخاصة، فهي امتياز من امتيازات السلطة العامة تمارسها الدولة والجماعات المحلية هذا من جهة، ومن جهة أخرى وكما سلف الذكر هي حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع، والدولة هنا تدخل في عقد مدني أطرافه أشخاص طبيعيون فيتحول إلى عقد إداري وفقا للمادة 07 من قانون الإجراءات المدنية، فنقول بالشفعة في القانون العام.

وبالرجوع إلى نص المادة 57 من قانون التوجيه العقاري التي أقرت شفعة

الجار وكذا المادتين 52 و 55 من ذات القانون وما جاء به القانون المدني، تعتبر الشفعة في هذه الحالة من القانون الخاص، لذا نقول بازدواجية الشفعة في القانون الجزائري بصفة عامة.

ولما كان الأخذ بالشفعة إما بالتراضي أو بالتقاضي، فإن لم يسلم المشتري بها، يباشر الشفيع إجراءاتها التي وضعت لتقيد حرية هذا الأخير الأساس فيها حماية المشتري حتى لا يظل ملكه مهددا، والتي تفتتح بالانذار الرسمي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع يتبع بتصريح منه خلال ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار، يعلن فيه رغبته في الأخذ بالشفعة، مع إيداع ثمن البيع والمصاريف بيد الموثق قبل رفع الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة، وإذا ما أخل الشفيع بهذه المواعيد سقط حقه، إجراءات تنتهي بحكم قضائي يقوم مقام العقد كسند ملكية للشفيع بعد شهره تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إليه، ويحل محل المشتري قبل البائع في كل حقوقه والتزاماته، وبذلك تزول العلاقة التي كانت قائمة أثناء البيع وقبل الشفعة بين البائع والمشتري يتبعها زوال سند ملكية المشتري للعقار المشفوع فيه بأثر رجعي وكأنه لم يكن مالكا.

ومع العلم أن حق الشفعة شرع لحماية المصلحة الخاصة للشفيع وتجميع الملكية رقبة وانتفاع في يد واحدة، إلا أن المشرع توسع في مسقطاتها الأمر الذي فتح المجال أمام البائع والمشتري للتحايل –وما أكثر صوره– لإبطال الشفعة رغم مناقضته للغرض المقصود منها ومخالفته للشرع والقانون.

يتضح مما تقدم أن نظام الشفعة كما جاءت به القوانين الوضعية منبثق من مبدأ سلطان الإرادة، الإرادة المنفردة كافية لإنشاء العقد، ومستثنى من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ثم الحفاظ عليه لاعتبارات تاريخية لا غير.

ويمكن إبراز أهمية الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية، وإخراجها من طابعها الاستثنائي، وفقا للاقتراحات التالية:

-إعادة النظر في نصوص الشفعة وإعطائها نهجا جديدا من شأنه إبراز الحكمة

الحقيقية منها وذلك بإلزام البائع على عرض العقار المراد بيعه على من يتصل حقه بالعقار، إن شاء أخذه وإن شاء تركه، فيصبح البائع حرفي بيعه لمن يشاء، وفي كلتا الحالتين تستقر أوضاع العقار نهائيا.

-تنظيم الشفعة الممارسة من قبل الأشخاص الاعتبارية بتحديد نطاقها والإجراءات الخاصة بها بكيفية تمكن الإدارة من ممارسة رقابتها وحقها في الشفعة دون أن تعرقل المعاملات التي ينبغي أن تبقى حرة.

-استعمال الجماعات المحلية والسلطات العمومية بصفة عامة حق الشفعة بصفة مكثفة لتكوين تراث عقاري تخصصه لإقامة الأنشطة الاقتصادية.

-تنظيم شفعة الجار في القانون المدني بعد أن تعرضت لها القوانين الخاصة وهذا تجنبا للنزاعات وخصوصا أمام تطبيق مبدأ الخاص يقيد العام.

ويمكن استغلال هذا الحق لاسترجاع الأملاك غير المستغلة والمتواجدة بالمناطق الصناعية التابعة للمؤسسات العمومية التي تعرضت للحل والتي يبلغ عددها 1500 مؤسسة تملك حوالي 15 ألف هكتار غير مستغلة، مما يمكنها من تغطية احتياجات السوق المحلية، خاصة بعد التدابير التي اتخذتها الحكومة الجزائرية لتسيير الاستثمار الأجنبي، حيث كشفت عن اتخاذها إجراءات تسمح في المستقبل باستعمال حق الشفعة الذي يمنح للدولة أحقية استرجاع الاستثمار فيما إذا عرضه صاحبه وطنيا كان أو أجنبيا للبيع، حماية منها للاقتصاد الوطني من الضغوطات واستعمالات سياسية تفتح الباب أمام الدول الأجنبية للسيطرة على الاستثمارات في البلاد.

وأمام هذه التدابير وترحيب بعض المتعاملين الاقتصاديين وسكوت الشركات الأجنبية، هل ستخرج الشفعة من طابعها الاستثنائي وتصبح كغيرها من طرق اكتساب الملكية (العقد، التقادم، الالتصاق...الخ)، وذلك بعد أن اتخذتها الحكومة البديل الأمثل لتنظيم الاقتصاد؟

قائمة المراجع

أولا: النصوص القانونية والتنظيمية:

- الدستور الجزائري، الصادر في 1990/11/28، المعدل والمتمم.

القوانين:

- القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18، المتضمن التوجيه العقاري.
- القانون رقم 87-19 المؤرخ في 8-12-1987، يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.
- القانون رقم 90-30 المؤرخ في 1990/12/1 يتضمن قانون الأملاك الوطنية.
- قانون رقم 97-02 المؤرخ في 1997/12/31، المتضمن قانون المالية، 1998
- قانون رقم 05/85، يتضمن الصحة العمومية.
- القانون رقم 84-09 المؤرخ في 04-02-1984 المتعلق بتنظيم الإقليمي البلادي.
- القانون رقم 91-3 المؤرخ في 1991/1/8 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.
- القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة.
- القانون رقم 27/88 المؤرخ في 1988/7/12 يتضمن تنظيم مهنة التوثيق الملغى بموجب قانون رقم 02/06.

الأوامر:

- الأمر رقم 62/66، المؤرخ في 66/03/26، المتعلق بالمناطق والأماكن السياحية.
- الأمر رقم 154/66، المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم.

- الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 75/09/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم
- الأمر رقم 105/76، المؤرخ في 76/12/09، المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 74/75، المؤرخ في 75/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.
- الأمر رقم 26/95، المؤرخ في 1995/12/25، يعدل ويتمم القانون رقم 25/90 المتضمن التوجه العقاري.
- الأمر رقم 71/06، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

المراسيم

- المرسوم التنفيذ رقم 344/83 يتضمن حرية المعاملات.
- المرسوم التنفيذي رقم 62/76 المؤرخ في 1976/03/25، المعدل بالمرسوم رقم 210/80، المؤرخ في 1980/09/13 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 193/05/19 يتعلق بتأسيس السجل العقاري.
- المرسوم التنفيذي رقم 405/90 المؤرخ في 1990/12/22، يتضمن شروط إنشاء وإدارة هيئات التسيير والتنظيم العقاري المسماة "الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاري".
- المرسوم التنفيذي رقم 954/91 مؤرخ في 1991/11/23، يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها وضبط كيفيات ذلك.
- المرسوم التشريعي رقم 3/93 المؤرخ في 93/3/1 المتعلق بالنشاط العقاري.
- المرسوم التنفيذي رقم 87/96 المؤرخ في 1996/2/24، يتضمن إنشاء الديوان الوطني الأراضي الفلاحية.

- المرسوم التنفيذي رقم 70/98 المؤرخ في 1998/2/21، يتضمن المحافظة على مناطق التوسع السياحي وترقيتها.

التعليمات:

- تعليمة وزارية رقم 172 مؤرخة في 1991/9/1.
- تعليمة وزارية رقم 7 مؤرخة في 2002/07/15، تتعلق بالتنازل عن الحقوق العينية العقارية الممنوحة للمنتجين الفلاحين، رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08.

ثانيا: المؤلفات باللغة العربية:

القاموس

- المنجد في اللغة والإعلام، بيروت، دار المشرق.
- ابن منظور: لسان العرب، ج4، الطبعة الجديدة، بيروت، لبنان.

المؤلفات العامة:

-كتب الحديث:

- ابن أنس الأصبحي (مالك): الموطأ، ط 10، بيروت، دار النفائس، 1987.
- البخاري (عبد الله محمد إسماعيل): صحيح البخاري، ج 3، القاهرة، دار الآفاق العربية، 2004.
- محيي الدين بن شرف النووي: شرح صحيح مسلم، ج 6، القاهرة، دار الحديث، 1994.

كتب الفقه الإسلامي:

- أبو زهرة (محمد): الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، بيروت، لبنان، دار الفكر العربي، 1988.

- ابن قدامة المقدسي (شمس الدين): المغني على الشرح الكبير، ج 5، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، 1983.
- الباجي (أبو الوليد): المنتقى شرح موطأ مالك، ج 6، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط3، 1983.
- البايرتي: شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير، ج7.
- بن شهاب الرملي (شمس الدين): نهاية المحتاج إلى شرح المناهج، ج 5، بيروت، لبنان، دار الفكر، 115/1984، 217.
- الجزائري (أبو بكر جابر): مناهج المسلم، الطبعة الجديدة، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية.
- الحفيد (ابن رشد): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط6، 1983.
- الحنفي (ابن همام): فتح القدير، ج9، بيروت، لبنان، دار الفكر.
- الدردير (أحمد): حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، بيروت، لبنان، دار الكتاب العلمية، 1996.
- السرخسي (شمس الدين): المبسوط، مج 7، ج 14، بيروت، لبنان، دار المعرفة.
- الشربيني (محمد الخطيب): مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج، ج2، دار الفكر، 217/14.
- الشيرازي (أبو إسحاق): المجموع في شرح المهذب، ج14، دار الفكر.
- شحاتة (عبد الله): تفسير القرآن الكريم، مج3، القاهرة، دار غريب.

-**الكتب القانونية:**

- أبو السعود (رمضان): الوجيز في الحقوق العينية، أحكامها ومصادرها، الأزارطة، دار الجامعة العربية، 2004.
- ابن رقية (بن يوسف): شرح قانون المستثمرة الفلاحية، ط 1، الديوان الوطني الأشغال التربوية، 2001.
- باز (جان): القانون العقاري اللبناني، مكتبة لبنان، بيروت، 1968.
- باشا (محمد كمال مرسي): الحقوق العينية الأصلية وأسباب كسبها، ج 3، مصر، المطبعة العالمية، 1952.
- البدراوي (عبد المنعم): حق الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1883.
- بوشناقة (جمال): شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، الجزائر، دار الخلدونية، 2006.
- الجمال (مصطفى): نظام الملكية، ط3، الإسكندرية، دار الفتح، 2000.
- حمدي باشا (عمر): القضاء العقاري، الجزائر، دار هومة، 2004.
- حمدي باشا (عمر): نقل الملكية العقارية، الجزائر، دار هومة، 2002.
- رامول (خالد): المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري والتشريع الجزائري، دراسة تحليلية، البليدة، قصر الكتاب، 2001.
- زروقي (ليلى)، حمدي باشا (عمر): المنازعات العقارية -في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام-، الجزائر، دار هومة، 2006.
- سعد (نبيل إبراهيم): الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري واللبناني، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي، 2003.

- سليمان (علي علي): ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.
- السنهوري (عبد الرزاق): الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –أسباب كسب الملكية–، ط3، بيروت، لبنان، منشورات، الحلبي، الحقوقية، 2000.
- شامة (إسماعين): النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، الجزائر، دار هومة، 2003.
- شراوي (جورج): حق الملكية العقارية، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب،2006.
- الصدة (عبد المنعم فرج): الملكية في قوانين البلاد العربية، دس.
- الصدة (عبد المنعم فرج): حق الملكية، ط3، د.ب، 1967.
- طلبة (أنور): الوسيط في القانون المدني، ج 3، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1993.
- العبيدي (علي هادي): الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، عمان، دار الثقافة، 2008.
- عجة (الجيلالي): أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها، الجزائر، دار الخلدونية، 2005.
- علوي (عمار): الملكية والنظام العقاري في الجزائر، ط 3، الجزائر، دار هومة، 2006.
- العمروسي (أنور): الوافي في شرح القانون المدني، ج 5، ط 2، القاهرة، دار الهداية.
- فلالي (علي): الالتزامات –النظرية العامة للعقد–، الجزائر، موفم للنشر والتوزيع، 2001.

- قدادة (خليل أحمد حسن): الوجيز في شرح القانون المدين، ج 2، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية.
- كيرة (حسن): الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، ط4، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1995.
- معوض (عبد التواب): المرجع في التعليق على نصوصه القانون المدني، مج 9، ط7، مصر، مكتبة عالم الفكر والقانون، 2004.

المؤلفات المتخصصة:

- **ثالثا** أبو راشد (فرج): الشفعة نصوص واجتهادات فقهية، دط، دم، 1966.
- خالدي (أحمد): الشفعة –بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري–، ط1، الجزائر، دار هومة، 2006.
- الخواض (الشيخ العقاد): الشفعة في قانون المعاملات لسنة 1984، مقارنا بالشفعة الإسلامية، ط1، بيروت، دار ومكتبة الهلال، 1993.
- سعد (نبيل إبراهيم): الشفعة علما وعملا، الإسكندرية، منشأة المعارف،
- طلبة (أنور): الشفعة والتحيل لإسقاطها، المكتب الجامعي الحديث، 2004.
- هرجة (مصطفى مجدي): الشفعة في ضوء أحدث آراء وأحكام النقض، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1993.
- وهبة خطاب (طلبة): الشفعة في المنقول، مصر، الولاء للطبع، 1990.
- **ثالثا: الرسائل الجامعية:**
- لطوف (عبد الوهاب): الشفعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، ابن عكنون، 1983.

رابعا: المجلات العلمية:

- بوتغرار (علاوة): استعمال حق الشفعة لفائدة الخزينة العمومية، مجلة الموثق، ع4، 5، 2001.
- لعروم (مطصفى): الشفعة في القانون المدني، مجلة الموثق، ع6، 7، 8، 1999

خامسا: القرارات القضائية:

- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 194838، المؤرخ في 31-05-2000، مجلة قضائية، عدد خاص، 2004.
- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 202380، المؤرخ في 22-11-2000.
- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 193704، المؤرخ في 26-4-2000، مجلة قضائية، عدد خاص، 2004.
- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 198485، المؤرخ في 2000/04/26، مجلة قضائية، عدد خاص، 2004.
- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 179136، المؤرخ في 1998/03/25، المجلة القضائية، عدد خاص، 2004.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 181039، المؤرخ في 09-02-1999، المجلة القضائية، ع1، 1999.
- المجلس الأعلى، قرار رقم 155181، مؤرخ في 18-11-1999، نشرة قضائية، ع54، 1999.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 150100 مؤرخ في 19-11-1997، مجلة قضائية، ع2، 1997.

- المجلس الأعلى، قرار رقم 23156 المؤرخ في 17-03-82، نشرة قضائية، 1983.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 130337، المؤرخ في 10-1-1995، مجلة قضائية، ع1، 1995.
- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 196675، المؤرخ في 29-2003، مجلة قضائية، عدد خاص، 2004.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 64331 المؤرخ في 30-4-1990، المجلة القضائية، ع2، 1991.

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 64331 المؤرخ في 30-4-1990، المجلة القضائية، ع2، 1991.

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 330330، المؤرخ في 2-10-1985، المجلة القضائية، ع4، 1989.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، المؤرخ في 17-10-1982، المجلة القضائية، ع4، 1990.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 34707 المؤرخ في 26-6-1985، المجلة القضائية، ع4، 1989.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 33030 المؤرخ في 2-10-1985، المجلة القضائية، ع4، 1889.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 263339، غير منشور.
- المجلس الأعلى، قرار مؤرخ في 17-10-1982، نشرة قضائية، ع1، 1985.
- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 194391، المؤرخ في 31-05-2000، عدد خاص، 2004.

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 76678، المؤرخ في 24-12-1991، المجلة القضائية، ع1، 1993.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 130337، المؤرخ في 10-1-1995، المجلة القضائية، ع1، 1995.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 34131، المؤرخ في 13-11-1984، المجلة القضائية، ع2، 1990.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 130337، مؤرخ في 10-1-1995، مجلة قضائية، ع1، 1995.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 50894، المؤرخ في 2-10-1988، مجلة قضائية، ع4، 1990.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 74451، المؤرخ في 18-6-1991، مجلة قضائية، ع3، 1993.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 14437، المؤرخ في 26-4-2000، المجلة القضائية، ع1، 2000.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 30840، المؤرخ في 7-2-1994، المجلة القضائية، ع2، 1994.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 68467، المؤرخ في 21-1-1990، المجلة القضائية، ع1، 1992.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 182360، مؤرخ في 28-10-1998، المجلة القضائية، ع1، 1999.
- مجلس الدولة، قرار رقم 186443، مؤرخ في 14-2-2000، غير منشور

▪ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 76678، المؤرخ في 24-12-1991، المجلة القضائية، ع1، 1993.

سادسا: المؤلفات باللغة الفرنسية

Ouvrage :

- (P) Habault et (m) Marchal; Droit raural applique, T2, J.B, Bailiere, Paris, 1977.

Mémoire :

- (N) Yaunsi; Le Régime Juridique de la Chefaa en droit Algérien, Mémoire de Magistrer, Université, l'Alger, 1981.

سابعا: مواقع الانترنيت

Immbilier : Droit de préemption, http// : Prad- notr 75. flusus. Net.

(J) Comby et (V) Renard : Evaluation du droit de préemtion, http:// Perso-Orange. Fr/J.C/ droit de préemption, Htm.

Le droit préemption lors de la Vente d'un bien immobilier, http:// www. Aquadesign. De/news/ article- 3632.

le particulier : Le droit de préemption des communes, http:// www. le particulier, fr/ Ndq/ logement/ lire. Fiche.

Question réponse Anil : Le Droit de préemption et la protection des locataires en cas de vente d'un immeuble de plus de dise logements, http:// www. amil. Arg/srvlet/amil. Document.

Quide immobilier : Le droit de Préemption, http:// www. explorimma.com.

فهرس الموضوعات

الفصل الثاني: إجراءات الشفعة وآثارها

الملخص

إن المتتبع لمنهج الإسلام في أحكامه وتشريعاته يدرك بجلاء حرصه على بقاء العلاقات المالية بين الشركاء نقية من المنازعات والخصومات.

ومن أهم الوسائل التي شرعها الإسلام لتحقيق هذا المقصد هي"الشفعة"، ونظرا لأهمية هذا الموضوع من بين الموضوعات المتعلقة بالملكية، فقد اشتملته جميع كتب الفقه وكتب الحديث النبوي، ولاستقرارها وثبوتها على مدى قرون طويلة صارت من التقاليد التاريخية والقانونية، حيث تأثرت بها العديد من التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري الذي أسدى من عنايته قدرا لا بأس به في تنظيم قواعد الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية، لأنها تعطى لمن له الحق بتملك العقار المباع على أن يدفع ثمنه وتكاليفه وخصص لها المواد من 794 إلى 807.

وللشفعة عدة معاني في اللغة: الضم والشفع والزيادة وغيرها، وقد عرفها الفقهاء بتعريفات متقاربة، وكان التعريف المختار لها هو: «استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض».

أما القانون المدني فقد عرفها في المادة 794 على أنها: «رخصة تجبر الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية».

حيث تعتبر الشفعة واقعة مركبة، اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشيوع أو الجوار، وهذه واقعة مادية، وبإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة والذي يتم بإرادة

منفردة، وهذه الواقعة القانونية، وباجتماع هذين الواقعتين تكتمل عناصر الشفعة، فيتملك الشفيع جزء العقار المبيع أو الحق العيني المبيع، فتتحول رخصة الشفيع في أن يتملك إلى في الملكية وذلك بحلوله محل المشتري.

ولما كانت الشفعة قيد على حرية التعاقد ورخصة لصيقة بشخص الشفيع يدفع بها عن نفسه مضار المشاركة أو الجوار في عقاره الذي يشفع به، ومن ثم يقع باطلا تعامله في هذه الرخصة أو حوالته إياها أو تنازله عنها إلى الغير، لزوال العلة منها في هذه الأحوال، التي تأباها طبيعة الشفعة ذاتها.

ولاستحقاق الشفعة يستلزم توافر شروط معينة أولها: وجود الشفيع وهو من يحق له تملك العقار جبرا على المشتري إذا توافر له سبب من الأسباب التي حددها القانون من شركة أو جوال، إضافة إلى الشروط الواجب توافرها فيه، أن يكون مالك ويوفر على الأهلية الواجبة، وأن لا يكون من الممنوعين من الشراء، وأن لا يكون وقفا.

وقد عدد المشرع الشفعاء في المادة 795 من القانون المدني وهم مالك الرقبة، الشريك في الشيوع وصاحب حق الانتفاع، وزاد عنه قانون التوجيه العقاري الدولة والجماعات المحلية والمحاورون في المواد 71 و 57، وهذا الترتيب له أهمية عند المفاضلة بين الشفعاء في حالة تزاحمهم، والقاعدة هنا أنّه إذا توافرت في المشتري الشروط التي تجعله شفيعا فإنّه يفضل عن الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى.

وثانيهما: أن يكون هناك بيع عقاري، فأي سبب آخر في كسب الملكية كالميراث والالتصاق والتقادم ... لا تجوز فيه الشفعة، ولا تجوز في أي تصرف قانوني آخر كالوصية والقسمة والصلح والهبة ولو بعوض، والشركة والوفاء بمقابل.

ويشرط في البيع حتى يجوز الأخذ بالشفعة أن يكون موجودا معترف به قانونا وإن كان غير ذلك كالبيع الباطل والبيع الصوري فلا شفعة.

ومتى وجد البيع بعد توافر شروط الأخذ بالشفعة ويفي قائما لوقت طلبها، جاز الأخذ بها سواء كان البيع صحيحا نافذا كعقد البيع الابتدائي وعقد البيع النهائي، والبيع بالعربون والبيع المعلق على شرط فاسخ، أو كان صحيحا غير نافدا كالبيع المعلق على شرط واقف أو البيع غير الصحيح ما دام موجودا كالبيع القابل للإبطال.

هذا وإن العقار المبيع إذا ما باعه مشتر به قبل أن تعلق الرغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني نتيجة لما يسمى حق التتبع وحسب الشروط التي اشترى بها طبقا للمادة 797 من القانون المدني.

وأمام المضاربة العقارية وإعادة الهيكلة، أصبح من الضروري أن يحدد القانون وسائل تدخل السلطات العمومية للحصول على الأراضي وذلك بمختلف شروط اكتساب الملكية، لذا منحت القوانين الخاصة حق الشفعة للدولة والجماعات المحلية بهدف المصلحة العامة والمنفعة العمومية، بالاعتماد على مجموعة من التدابير التي تسهل حركة الأموال العقارية، كإنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، ووكلات التسيير والتنظيم العقاري الحضري (التابعة للجماعات المحلية).

والطابع الاستثنائي للشفعة جعل المشرع يحيطها ويقيدها بإجراءات محددة وصارمة وقصيرة ينبغي التزامها والتقيد بها وإلا سقط الحق فيها، تنفتح بالانذار الرسمي وتتبع بالتصريح من الشفيع عن رغبته في أخذيها وإيداع ثمن ومصاريف البيع لدى الموثق ونتهي بحكم قضائي يقوم مقام العقد كسند ملكية.

أما الآثار التي ترتبها الشفعة فهي قائمة على فكرة تفضيل الشفيع على المشتري في البيع المشفوع فيه أثرها المباشر حلول الشفيع محل المشتري وبقية الآثار كعلاقة المشتري بالشفيع والشفيع بالغير نتيجة أو تجسيد لهذا الحلول.

وأخيرا الشفعة نظام قانوني سليم شرعا، فهي أن خالفت قاعدة التراضي في العقود فقد وافقت قاعدة دفع الضرر عن الغير لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار».

الملاحق

نموذج عقد التصريح بالرغبة في الشفعة الذي يعلن عنه الشفيع عن طريق كتابة الضبط

لدى الأستاذ/ ....

موثق بـــ..........................

الموقع أسفله

حضر/

السيد: ....

المولود: ....

اسم الأب: ....اسم الأم.............

المهنة: ....

الإقامة: ....

جزائري الجنسية

رقم بطاقة التعريف الوطني: ....

الصادرة من ....بتاريخ: ....

الذي صرح للموثق الموقع أدناه بموجب هذا العقد، أنه يبدي رغبته المؤكدة في استعمال حق الشفعة قصد شراء قطعة أرض ذات طبيعة فلاحية مشاعة كائنة ببلدية.

.... تابعة للدائرة

العقارية بـــ: ....

تدعى طبة: ....

تبلغ مساحتها ....هكتارا و.............آراو...............سنتيار

يحدها

من الناحية الشمالية: ....

من الناحية الجنوبية: ....

من الناحية الشرقية: ....

من الناحية الغربية: ....

مقتطعة من قطعة أرض أكبر منها تعرف باسم .... كائنة بنفس المكان تحمل رقم .... من التحقيق الجزئي لدوار ....

بغرض الحلول محل المشتري طبقا للثمن المصرح به في صلب العقد الموثقى المحرر من طرف الأستاذ/ ....

موثق بـــ: ....

مؤرخ في: ....المقدر بـــ ....

إضافة إلى تكلفة بالمصاريف التي اقتضاها عقد البيع وطبقا للشروط والبيانات الواردة فيه.

استنادا إلى الإنذار الذي وجه إلينا من طرف البائع ....

أو المشتري ....حسب الأحوال

مؤرخ في: ....

والذي تلقينا نسخة منه طرف الأستاذ/ .... محضر قضائي بدائرة اختصاص محكمة ....

إثباتا لما ذكر

حرر هذا العقد استجابة إلى طلب السيد: ....

يوم: ....

سنة: تسعة وتسعون وتسعمائة وألف.

بمحضر الشاهدين:

1–السيد: ....

....

2–السيد: ....

....
اللذان أكد للموثق صاحب التوقيع أسفله بمعرفتها معرفة تامة وشخصية للشفيع.
كما يؤكدان جديته في إتمام الإجراءات الخاصة بحق الشفعة التي حددها القانون.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

الغرفة الوطنية للموثقين

مكتب الأستاذ/ لعروم مصطفى

موثق بـــ: ....

الموقع أدناه

إشهاد بإيداع ثمن

يشهد الأستاذ/ ....

موثق بـــ: ....

أن السيد: ....

المولود: ....

المهنة: ....

السكن: ....

قد أودع مبلغا إجماليا قدره: ....دج

في حساب الزبائن بالخزينة العمومية لولاية ....

رقم: ....

يتضمن ضمن البيع والمصاريف رغبة منه في استعمال حق الشفعة التي يخولها له القانون والحلول محل المشتري.

طبقا لأحكام المادة 801 من القانون المدني.

من أجل رفع الشفعة أمام المحكمة الواقع العقار في دائرة اختصاصها.

حرر بمكتب التوثيق في: ....

بناء على طلب المعني بالأمر ....

توقيع وختم الأستاذ/ ....

نموذج من الإنذار الذي يوجه إلى الشفيع
من يريد الأخذ بالشفعة

إلى:
السيد: ....
العنوان: ....

بموجب عقد رسمي تلقاه الأستاذ/ ....
موثق بـــ: ....
بتاريخ: ....
ثم بمقتضاه بيع قطعة أرض ذات طبيعة فلاحية مشاعة كائنة ببلدية: ....
تابعة للدائرة العقارية بـــ .... تدعى طبة ....
تبلغ مساحتها: .... هكتار ....آر ....سنتيار
يحدها:
من الناحية الشمالية: ....
من الناحية الجنوبية: ....
من الناحية الشرقية: ....
من الناحية الغربية: ....
مقتطعة من قطعة أرض أكبر منها تعرف باسم .... كائنة بنفس المكان تحمل رقم: ....
من التحقيق الجزئي لدوار ....
أصل الملكية:
....
....
أبرم عقد البيع طبقا للشروط التالية:
1-...
2-...
3-...
وقع البيع من السيد/ ....
المولود: ....
فلاح: مقيم بمشتة ....بلدية ....ولاية ....
إلى السيد: ....
المولود: ....
فلاح: مقيم بمشتة ....بلدية .... ولاية ....
مقابل ثمن رئيس قدره: ....
دفع حالا عن طريق حساب الزبائن بالخزينة العمومية لولاية ....
حسب وصل يحمل ....
إضافة إلى المصاريف التي يقتضيها تحرير العقد والمقدرة إجمالا بـــ.................دج
فإذا كنت ترغب في الأخذ بالشفعة عليك أن تعلن رغبتك فيها إلى كل من البائع والمشتري على السواء في أجل ثلاثين يوما من تاريخ هذا الإنذار طبقا لأحكام المادة 799 من الأمر رقم 58.75مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني وإلا سقط حقك في استعمال الإجراءات المحددة لحق الشفعة لاحقا والتي تمكنك من الحلول محل المشتري.
وسيوجه لك هذا الإنذار بواسطة محضر قضائي في محل سكناك ليكون سندا رسميا يمكن الرجوع إليه عند الاقتضاء.
إثباتا لما ذكر
حرر هذا الإنذار استجابة إلى طلب: ....
يوم: ....

سنة: ....

إمضاء البائع   أو إمضاء المشتر

قسنطينة في: 17-12-2008

كلية الحقوق والعلوم السياسية
المجلس العلمي

الأستاذ: كمال لدرع

جامعة الأمير عبد القادر

بناء على تعينكم كعضو مناقش في مذكرة الطالبة: سناء بن شرطيوة

العنوان: "**كسب الملكية العقارية عن طريق الشفعة**".

من طرف المجلس العلمي للكلية

تفيد سيادتكم نسخة من مذكرتها آملين وضع تقرير علمي بشأنها.

تقبلوا فائق التقدير والاحترام

رئيس المجلس العلمي

ملخص:

يعد إصلاح شروط اكتساب الملكية من بين الإصلاحات التي انتهجتها الدولة لتنظيم النظام العقاري، نظمها القانون المدني الجزائري في المواد من 773 إلى 843 وعددها: استيلاء، الميراث، الوصية، الالتصاق، العقد، الشفعة والحيازة.

والشفعة من موضوعات كسب الملكية التي تثير العديد من الإشكاليات، ويدور حولها جدل كبير في الوسط الفقهي والقانوني.

عُرف هذا النظام في الجاهلية ويعود الفضل في تنظيم أحكامه للشريعة الإسلامية، تأثرت به العديد من القوانين العربية والأجنبية.

شرعت لدفع الضرر عن الشركة وسوء الجوار، لها فوائد اقتصادية في حالة جمع ما تفرق من حق الملكية، أو إنهاء الشيوع، تلعب دورا في إعادة الهيكلة العقارية، كوسيلة تدخل في يد السلطات العامة للحصول على الأراضي، خاصة في توسيع وترقية المجال السياحي.

ولما كان رضا المشتري والبائع ليس شرطا للأخذ بالشفعة، فهي نظام استثنائي مقرر على خلاف الأصل (الرضا بين المتعاقدين)، فهي تملك جبري بحكم القانون، لما فيها من انتزاع ملك صاحبه بغير رضاه.

شرع حق الشفعة لصاحب حق الرقبة، الشريك في الشيوع وصاحب حق الانتفاع بموجب المادة 795 من القانون المدني، وأضافت بعض القوانين الخاصة زيادة على ذلك حق الشفعة للدولة والجماعات المحلية والجار في الأراضي الفلاحية المبيعة.

ونظمها المشرع الجزائري وفق إجراءات جد دقيقة تبدأ بالإنذار الرسمي وتنتهي بحكم قضائي يعد سندا رسميا يقوم مقام العقد، أثرها المباشر هو حلول الشفيع محل المشتري لاكتساب كافة الحقوق المقررة لهذا الأخير.

Abstract

Reforming the terms of property acquisition is granted as among the reforms that have been carried out by the Government in order to organize the real estate.

This has been provided and listed by the Algerian civil code in articles 773 to 843: legacy reception, will, adjunction, title, pre-emption, and attribution.

Pre-emption is a matter of estate acquisition which arouses a number of controversies and is widely discussed among jurisconsults and lawyers.

It used to be common in the Ante-Islamic era, but it was thanks to the Islamic Shariaa (Legislation) that patterned its decrees. Nowadays, it has influenced many Arab and other foreign legal systems.

Pre-emption was provided to keep joint ownership and cohabitation safe from prejudice. Besides, it has some economic advantages in keeping together dispatched estate or in developing prevalence. Therefore, it plays a part in restructuring real estate and allows the Authorities a means to secure real estate in order to enlarge and promote the tourism industry.

Taking into account that mutual consent between the buyer and the seller is not required for referring to pre-emption, it must be considered as an exceptional status different from the original (consent between contractors); to put it another way, it is an assigned appropriation by legal decree since the owner is expropriated without his consent.

The right of pre-emption has been provided for the estate owner, the prevalence co-owner, and the usufruct tenant according to article 795 of the Civil Code.

Some specific legislation has also bestowed the right of pre-emption on the Government, local communities and neighbours in farming lands that are to be sold.

The Algerian lawmakers have arranged these provisions within extremely thorough steps beginning with an official notification and ending with a judicial decree which is considered an official bond acting as a title of ownership.

As a direct consequence, the pre-emption claimer stands instead of the buyer by obtaining the rights granted to the latter.

Résumé

On considère la réforme des conditions d'acquisition de la propriété comme une de celles que l'Etat a adopté pour organiser le régime foncier. Le Code Civil algérien les organisées et énumérées dans les articles 773 à 843 : l'Occupation, la Succession ; le Testament, l'Accession, l'Acte, la Préemption et Possession.

La préemption est l'un des sujets d'acquisition de la propriété qui suscitent beaucoup de questionnements et de discussions dans le milieu des jurisconsultes et des juristes.

Ce régime fut connu dans la période préislamique mais il revient à la Charia islamique d'avoir structuré ses principes. De là, il a eu de l'influence sur maintes législations arabes et étrangères.

Le droit de préemption a été établi afin d'éviter de porter préjudice à la copropriété et au voisinage en raison des avantages permettant de réunir ce qui a pu être dispersé du droit de propriété ou pour promouvoir la prévalence. Il joue donc un rôle dans la restructuration foncière en tant que moyen d'intervention pour les pouvoirs publics pour obtenir des terrains notamment dans le but d'agrandir et de promouvoir l'industrie touristique.

Etant donné que l'assentiment de l'acheteur et du vendeur n'est pas une condition pour le recours à la préemption, elle est donc un régime exceptionnel statué en contradiction avec le principe originel (l'accord mutuel des contractants). Ce qui en fait une appropriation unilatérale par décision légale du fait d'exproprier le tenant du titre sans son assentiment.

Le droit de préemption a été prévu pour le nu-propriétaire, le copropriétaire à l'indivis, et le bénéficiant de l'usufruit selon l'article 795 du Code Civil.

La législation particulière a également ajouté l'Etat, les collectivités locales ainsi que les parties avoisinantes dans le foncier agricole vendu.

Le Législateur algérien a organisé ce droit selon des dispositions très précises qui débutent par un avis officiel et se terminent par une injonction judiciaire considérée comme un accusé officiel tenant lieu d'acte.

La conséquence directe est la substitution de l'intercesseur à l'acheteur dans l'acquisition des droits reconnus à celui-ci.

ملخص:

يعد إصلاح شروط اكتساب الملكية من بين الإصلاحات التي انتهجتها الدولة لتنظيم النظام العقاري، نظمها القانون المدني الجزائري في المواد من 773 إلى 843 وعددها: استيلاء، الميراث، الوصية، الالتصاق، العقد، الشفعة والحيازة.

والشفعة من موضوعات كسب الملكية التي تثير العديد من الإشكاليات، ويدور حولها جدل كبير في الوسط الفقهي والقانوني.

عُرف هذا النظام في الجاهلية ويعود الفضل في تنظيم أحكامه للشريعة الإسلامية، تأثرت به العديد من القوانين العربية والأجنبية.

شرعت لدفع الضرر عن الشركة وسوء الجوار، لها فوائد اقتصادية في حالة جمع ما تفرق من حق الملكية، أو إنهاء الشيوع، تلعب دورا في إعادة الهيكلة العقارية، كوسيلة تدخل في يد السلطات العامة للحصول على الأراضي، خاصة في توسيع وترقية المجال السياحي.

ولما كان رضا المشتري والبائع ليس شرطا للأخذ بالشفعة، فهي نظام استثنائي مقرر على خلاف الأصل (الرضا بين المتعاقدين)، فهي تملك جبري بحكم القانون، لما فيها من انتزاع ملك صاحبه بغير رضاه.

شرع حق الشفعة لصاحب حق الرقبة، الشريك في الشيوع وصاحب حق الانتفاع بموجب المادة 795 من القانون المدني، وأضافت بعض القوانين الخاصة زيادة على ذلك حق الشفعة للدولة والجماعات المحلية والجار في الأراضي الفلاحية المبيعة.

ونظمها المشرع الجزائري وفق إجراءات جد دقيقة تبدأ بالإنذار الرسمي وتنتهي بحكم قضائي يعد سندا رسميا يقوم مقام العقد، أثرها المباشر هو حلول الشفيع محل المشتري لاكتساب كافة الحقوق المقررة لهذا الأخير.